

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

THIAGO PRIESS VALIATI

**ANÁLISE CRÍTICA DO MODELO BRASILEIRO DE CONTROLE JUDICIAL DE
CONSTITUCIONALIDADE**

**CURITIBA
2013**

THIAGO PRIESS VALIATI

**ANÁLISE CRÍTICA DO MODELO BRASILEIRO DE CONTROLE JUDICIAL DE
CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial para a
obtenção do grau de bacharel do curso de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do
Paraná.

Orientadora: Profª. Drª. Eneida Desiree Salgado

**CURITIBA
2013**

TERMO DE APROVAÇÃO

THIAGO PRIESS VALIATI

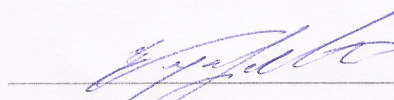
Análise crítica do modelo brasileiro de controle judicial de constitucionalidade

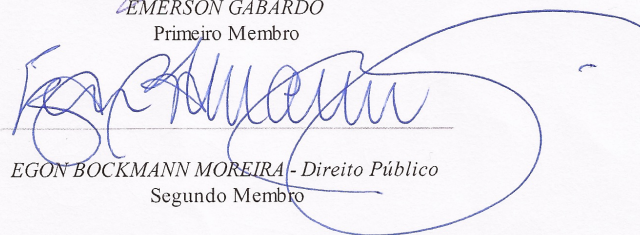
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



ENEIDA DESIREE SALGADO
Orientador

Coorientador



EMERSON GABARDO
Primeiro Membro

EGON BOCKMANN MOREIRA - Direito Público
Segundo Membro

*Aos meus pais
e ao meu avô, Walter Erich Priess,
sem os quais eu não teria chegado até aqui*

AGRADECIMENTOS

A elaboração desta monografia e a longa caminhada durante a Faculdade de Direito só seriam possíveis em razão da presença de várias pessoas especiais em minha vida. Assim como no final do livro “O Senhor dos Anéis”, quando Frodo diz ao seu companheiro Sam: “*estou contente por tê-lo comigo. Aqui, no fim de todas as coisas, Sam*”, também me sinto realizado com a presença e companheirismo destas importantes pessoas. Certamente, esta monografia não é o final de todas as coisas, mas apenas o início de uma longa e árdua caminhada. É chegada a hora, portanto, de agradecê-las.

Aos meus colegas de Faculdade: Matheus Falk, Roberto Dorocinski, Marcelo García e Rafael Conor. Sou eternamente grato pelo companheirismo nestes longos cinco anos. Sem dúvida, a Faculdade não seria a mesma se não fosse vocês. E, com certeza, a vida também não será, porque a amizade será para a vida inteira, para além das colunas da Santos Andrade. Do mesmo modo, aos meus amigos de infância, Gustavo Benedet, Luan Birkhan, Anderson Fontana, Juliano Redivo e André Eyng, pela amizade de longa data e pelas sempre excelentes reuniões em Santa Terezinha de Itaipu. O destino nos leva a diferentes caminhos, mas o companheirismo e a amizade permanecem. Finalmente, a Rafael Furlanetto, grande amigo de todas as horas, companheiro cinéfilo, que me ajudou a desvendar Curitiba quando eu ainda não era um curitibano de coração. A todos meus grandes amigos, transcrevo o refrão da canção que praticamente tornou-se o hino do Liverpool: “*You’ll Never Walk Alone*”.

Aos meus companheiros de escritório, Iggor Gomes Rocha e Marcelo Ortolan, pelo aprendizado e pelo crescimento jurídico-profissional. A orientação e os ensinamentos de Direito Administrativo foram decisivos no meu último ano de Faculdade. Agradeço também pelas valiosas dicas inegavelmente decisivas para o meu sucesso no Exame de Ordem. Também agradeço Luís Alberto Hungaro, ex-colega de estágio, pelos construtivos debates jurídicos e pelas conversas descontraídas, na maior parte dos vezes envolvendo o nosso time de coração, o Palmeiras. Agradeço a todos pelo ótimo e agradável ambiente de trabalho, em meio ao turbulento e agitado processo de finalização da monografia e do Exame de Ordem.

Algumas pessoas foram essenciais no meu desenvolvimento acadêmico. Em primeiro lugar, agradeço o professor Emerson Gabardo, que contribuiu de forma decisiva para o meu desenvolvimento acadêmico-científico. Com suas preciosas dicas dentro do NINC (Núcleo de Investigações Constitucionais), mudei alguns (pré) conceitos e aprendi a pesquisar melhor. Agradeço também pela oportunidade da monitoria em Direito Administrativo B, pelas valiosas aulas de Direito Administrativo e pela possibilidade concedida de trabalharmos juntos. À Juliana Pondé Fonseca, agradeço pela atenção dedicada aos meus escritos e pelas inúmeras dicas de pesquisa. À professora Vera Karam de Chueiri, pelas aulas desafiantes de Direito Constitucional. E, finalmente, à professora Eneida Desiree Salgado, a quem agradeço por ter aceitado o convite da orientação desta monografia, pelas aulas fantásticas de Direito Constitucional e pela decisiva participação na minha evolução acadêmica; agradeço também a oportunidade de ter sido seu monitor de Direito Constitucional B. Sem dúvida, contribuiu significativamente para fomentar a minha paixão pelo Direito Constitucional a partir do terceiro ano da Faculdade. A todos, meus sinceros agradecimentos.

À Família Souza, representados por Humberto, Zezinha, Melina e Guilherme: agradeço pela acolhida carinhosa em Curitiba, tanto nos momentos felizes, quanto nos momentos difíceis. Agradeço a compreensão pelo momento em que estive ausente, especialmente aos domingos, para finalizar este trabalho.

Aos meus familiares, das famílias Valiati e Priess, agradeço pelo amor demonstrado nestes meus vinte e três anos de vida. Aos meus avós, Aurora e David Valiati, *in memoriam*, e Tereza Priess, pelo aprendizado e experiência de vida. Aos meus irmãos, Roberto e Guilherme Valiati, agradeço pelo carinho e pelo companheirismo de sempre.

Aos meus pais, Carlos e Carla Valiati, sem os quais eu não seria nada. Agradeço todo o suporte e o apoio necessário durante a Faculdade de Direito. Não fosse a opinião decisiva de meu pai, meu destino seria outro, longe da Faculdade de Direito. Ao meu avô, Walter Erich Priess, *in memoriam*, agradeço por ter me ensinado a amar os livros, assim como minha mãe.

“Da mesma forma que na arte é necessário saber parar, pois chega sempre o momento em que uma escultura não deve ser mais tocada e que para isso uma vontade de ininteligência serve melhor ao artista que os mais amplos recursos da clarividência, assim também é necessário um mínimo de ininteligência para se conseguir uma existência feliz. E quem não a tiver tem de conquistá-la.”

Albert Camus

RESUMO

O presente trabalho analisa o papel político do Supremo Tribunal Federal na modulação de efeitos do controle de constitucionalidade. No primeiro capítulo é feita uma exposição teórica do controle de constitucionalidade brasileiro, analisando o modelo difuso, adotado a partir da Constituição republicana de 1891, e o modelo concentrado, adotado pela Constituição de 1934 e consolidado na EC nº 16/65. No segundo capítulo é estudado o sistema de controle de constitucionalidade adotado pela Constituição Federal de 1988, que se caracteriza por ser um sistema misto, e as técnicas de decisão de controle de constitucionalidade, diante do seu papel fundamental na jurisdição constitucional. Por derradeiro, no último capítulo, procura analisar o papel político do Supremo Tribunal Federal na modulação de efeitos do controle de constitucionalidade: em primeiro lugar, procura realizar uma exposição a respeito do ativismo judicial do STF na tese da mutação (in) constitucional do art. 52, X, da Constituição da República, dispositivo este que concede competência constitucional expressa ao Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade; em um segundo momento, analisa a modulação dos efeitos espaciais e temporais no Recurso Extraordinário nº 197.917/SP. Com efeito, é analisada a mitigação do entendimento de que a decisão proferida incidentalmente em sede recurso extraordinário opera efeitos *inter partes* e a flexibilização do dogma da nulidade da lei declarada inconstitucional, diante da eficácia prospectiva da decisão. O presente estudo evidencia o papel político do Supremo Tribunal Federal na modulação de efeitos, a fim de chegar a uma conclusão que possibilite uma relação institucional de harmonia com os demais poderes, sem diminuir, entretanto, o seu papel essencial na concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade; Supremo Tribunal Federal; Ativismo Judicial; Modulação de efeitos.

ABSTRACT

This academic work analyzes the Supreme Court's political function in modulating the effects of the judicial review. The first chapter makes a theoretical exhibition of the Brazilian judicial review, analyzing the diffused model, adopted since the Republican Constitution of 1891, and the concentrated model, adopted by the 1934 Constitution and consolidated on EC nº 16/65. The second chapter studies the judicial review system adopted by the Federal Constitution of 1988, characterized for being an eclectic system, and techniques of judicial review decision, up to its primordial role in judicial review. For the last, the final chapter analyzes the political function of the Supreme Court in modulating effects of judicial review: first, we seek to hold an exhibition about the Supreme Court's judicial activism on the (un) constitutional mutation's thesis on article 52, X, on the Constitution of the Republic, which grants express constitutional powers to the Federal Senate in the diffused judicial review; in a second stage, analyzes the modulation of spatial and temporal effects of the RE nº 197.917/SP. Indeed, analyzes the mitigation understanding that the decision incidentally given on extraordinary appeal operates "inter partes" effects and the dogma's flexibility of the invalidity on laws which are declared unconstitutional, against the prospective effectiveness of the final decision. This academic work points the Supreme Court's political function in the modulation effects, in order to reach a conclusion that enables a harmonic institutional relationship with other governmental powers, not neglecting, however, their essential role on the achievement of the citizens' fundamental rights in the Democratic State of Law.

Keywords: Judicial Review; Supreme Court; Judicial Activism; Modulating effects.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: ASPECTOS GERAIS	15
1.1 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO POR TODO E QUALQUER JUIZ NO DIREITO BRASILEIRO	15
1.2 O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	24
CAPÍTULO 2 – O SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO.....	32
2.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	32
2.2 TÉCNICAS DE DECISÃO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ...	43
CAPÍTULO 3 – O PAPEL POLÍTICO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	51
3.1 O ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A TESE DA MUTAÇÃO (IN) CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 52, INCISO X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	51
3.2 A MODULAÇÃO DE EFEITOS ESPACIAIS E TEMPORAIS REALIZADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 197.917/SP	62
CONCLUSÃO.....	80
REFERÊNCIAS	83

INTRODUÇÃO

Com fulcro na premissa da supremacia da Constituição frente às demais normas do ordenamento jurídico e também na de que uma das principais características do texto constitucional pátrio é a sua rigidez, estabeleceu-se um modo de garantir que as leis submetidas à ordem constitucional estejam de acordo com os ditames da Lei Maior: o controle de constitucionalidade. Com efeito, a existência de instrumentos de fiscalização de constitucionalidade consiste no elemento central da concepção hodierna de Estado de Direito, porquanto garante e afirma a superioridade do texto constitucional no ordenamento jurídico em relação às demais normas.¹ Nesse sentido, considera-se que o ato normativo declarado inconstitucional é nulo, isto é, como se nunca tivesse existido e operado efeitos no ordenamento jurídico, de forma a assegurar a supremacia da Constituição. Assim, tem-se que o direito brasileiro filiou-se à teoria da nulidade do ato normativo declarado inconstitucional.

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro encontra raízes, especialmente, nos modelos estadunidense e austríaco. No modelo estadunidense encontrou influência para adotar o controle difuso a partir da Constituição republicana de 1891, através da possibilidade de averiguação da inconstitucionalidade no caso concreto por todo e qualquer juiz ou tribunal. Por outro lado, o modelo austríaco, através das ideias de Hans Kelsen, influenciou a adoção do controle concentrado no direito brasileiro inicialmente a partir da Constituição de 1934, ocorrendo a consolidação desta forma de controle com a Emenda Constitucional nº 16 de 1965. Nesse modelo, o controle é concentrado na Corte Constitucional: no caso do direito brasileiro, no Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário pátrio, através de específicas ações de controle, como a ADIn e a ADPF. Portanto, o sistema de controle constitucionalidade brasileiro, consolidado pela Constituição Federal de 1988, caracteriza-se por ser um sistema misto, combinando elementos do controle difuso e do controle concentrado.

No primeiro capítulo desta monografia pretende-se fazer uma análise do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, observando as influências

¹ LAMY, Marcelo. Sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. **Escola Superior de Direito Constitucional**, 2005. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/diretor/controladaconstitucionalidade.pdf>>. Acesso em 08 mar. 2013. p. 7.

percebidas pelo direito pátrio ao longo da história constitucional nacional. No segundo capítulo, será estudado, primeiramente, o controle de constitucionalidade brasileiro na ordem jurídica estabelecida pela Constituição Federal de 1988, e, em seguida, será feita uma breve exposição acerca das técnicas de decisão de controle de constitucionalidade, ante o seu papel crucial na jurisdição constitucional nacional e na modulação de efeitos operada pelo Supremo Tribunal Federal.

É através do exercício da jurisdição constitucional que o Pretório Excelso aumenta gradativamente sua importância no contexto do Estado de Direito brasileiro, especialmente quando modula os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, denotando-se, na grande maioria dos casos, uma lamentável submissão às circunstâncias fáticas do caso concreto.

No controle difuso de constitucionalidade os efeitos, em regra, deveriam restringir-se somente às partes envolvidas na relação processual subjetiva (efeitos *inter partes*). De outro vértice, no controle concentrado de constitucionalidade os efeitos são oponíveis a toda a coletividade, consistindo nos denominados efeitos *erga omnes*. Cumpre ressaltar que quando a causa chega ao Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário, o controle difuso de constitucionalidade permanece sendo incidental ao caso concreto, apesar de, por evidência, ele ser feito em última instância pelo Pretório Excelso.

Todavia, o entendimento de que a decisão proferida em sede de recurso extraordinário restringe-se apenas às partes vem sendo mitigada pela prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal através de uma tendência de abstrativização do controle de constitucionalidade brasileiro. Nesse contexto, Luiz Guilherme Marinoni aduz que surgiu recentemente no Supremo Tribunal Federal a orientação de que as suas decisões – quando objeto de manifestação do Plenário –, ainda que decididas através de recurso extraordinário, gozam de efeito vinculante em relação à Administração Pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário.² A tendência de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade pode ser verificada no fenômeno da transcendência dos motivos determinantes (*ratio decidendi*), no qual não é a parte dispositiva da decisão que produz efeitos *erga omnes*, e sim os fundamentos utilizados na decisão que foram determinantes para o resultado.

² MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.58.

A tese da mutação (in) constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal – discutida na Reclamação nº 4.335/AC no STF –, dispositivo que reconheceu uma competência expressa do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade, é um bom exemplo do incremento do controle concentrado em face do controle difuso no direito brasileiro. A usurpação da competência constitucional do Senado por parte do STF é alvo de severas críticas, acusando-se o Pretório Excelso de um ativismo judicial que reconfigura o desenho institucional nacional.

Com relação à modulação dos efeitos temporais, verifica-se que o dogma da nulidade da lei declarada inconstitucional também vem sendo relativizado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A partir da aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/1999, a regra da inconstitucionalidade que opera efeitos retroativos, isto é, efeitos *ex tunc*, pode ser alterada pela maioria qualificada do STF, que pode optar pela eficácia *ex nunc*, ou, ainda, estabelecer outro momento no futuro para a inconstitucionalidade gerar efeitos, a denominada eficácia prospectiva da decisão (efeitos *pro futuro*). Em um primeiro momento aplicável apenas no âmbito do controle concentrado, o Supremo Tribunal Federal, a partir da decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 197.917/SP, consolidou o posicionamento da possibilidade de aplicação do referido dispositivo no controle difuso de constitucionalidade.³ Destarte, o dogma da nulidade da lei inconstitucional vem sendo mitigado pela doutrina e pela jurisprudência, tanto em sede de controle concentrado, através das ações abstratas de inconstitucionalidade, quanto em sede de controle difuso, pela via do recurso extraordinário.

A modulação de efeitos no controle de constitucionalidade é facilmente verificável no mencionado Recurso Extraordinário nº 197.917, no qual o Supremo Tribunal Federal, além de influenciar a extensão dos efeitos para toda coletividade (através do instituto da transcendência dos motivos determinantes), alcançando sujeitos que nem tinham conhecimento da demanda, modulou os seus efeitos para o futuro (efeitos prospectivos ou *pro futuro*), com fundamentação baseada na segurança jurídica das relações sociais e no princípio da boa-fé, exercendo um destacável papel político. A ampla abertura que os conceitos do art. 27 da Lei nº 9.868/99 possibilitam (“razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”), evidenciam a possibilidade deste exercício político por parte do Supremo

³ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 207-208.

Tribunal Federal.

Desse modo, no terceiro capítulo da presente monografia analisar-se-á o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal na modulação de efeitos do controle de constitucionalidade. Primeiramente, serão feitos comentários acerca do ativismo judicial do Supremo na tese da mutação (in) constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal. Após, analisar-se-á a modulação de efeitos espaciais e temporais no Recurso Extraordinário nº 197.917, comentando-se, de início, a respeito da mitigação do entendimento de que a decisão proferida incidentalmente em sede recurso extraordinário atinge somente as partes do processo (tendência de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade) e, na sequência, a flexibilização do dogma da nulidade da lei declarada inconstitucional, diante da eficácia prospectiva da decisão.

John Hart Ely destaca que o problema do controle judicial de constitucionalidade é que “um órgão que não foi eleito, ou que não é dotado de nenhum grau significativo de responsabilidade política, diz aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam”.⁴

Com efeito, a monografia destacará o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal na modulação de efeitos no controle de constitucionalidade, a fim de chegar a uma conclusão que minimize o seu papel político e a sua suposta falta de legitimidade democrática constatada por Ely, garantindo uma relação harmoniosa e pacífica com os demais poderes, sem diminuir, todavia, a sua função na realização dos direitos fundamentais dos cidadãos no Estado Democrático de Direito brasileiro.

⁴ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 8.

CAPÍTULO 1 – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: ASPECTOS GERAIS

1.1 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO POR TODO E QUALQUER JUIZ NO DIREITO BRASILEIRO

Discorrer sobre o controle de constitucionalidade difuso inevitavelmente impõe a necessidade inicial de remontar às suas raízes históricas. O caso que inaugurou o controle de constitucionalidade no direito constitucional contemporâneo advém do direito norte-americano, através do célebre caso *Marbury v. Madison*, de 1803. Esta decisão consiste no primeiro precedente do controle de constitucionalidade, na qual a Suprema Corte dos Estados Unidos estabeleceu o seu poder de exercer o controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais, negando aplicação àquelas que, no seu entender, ofenderiam o texto constitucional. No julgamento do referido caso, a Suprema Corte entendeu que a decisão de negar aplicação à lei infraconstitucional decorreria da própria lógica do sistema.⁵

O então Presidente da Suprema Corte norte-americana, John Marshall, ao fundamentar a sua decisão, apresentou as bases que justificam o controle judicial de constitucionalidade, destacando a ideia de que o Poder Judiciário consiste no intérprete final da Constituição.⁶ Cumpre evidenciar, todavia, que Alexander Hamilton também já havia exposto a ideia de supremacia constitucional no *Federalista* nº 78.⁷ Mauro Cappelletti destaca que a decisão do juiz Marshall

⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 27.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro...** p. 30. “É enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à Constituição a Corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes regerá a hipótese. E se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do Legislativo, a Constituição, e não o ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambos se aplicam”. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Texto transcrito editado por Luís Roberto Barroso.

⁷ A respeito da lógica da supremacia constitucional, ressalta Alexander Hamilton em *O Federalista* que: “Todo ato de uma autoridade delegada contrário aos termos da comissão é nulo. Esse princípio é indubitável; e, portanto, todo ato do corpo legislativo, contrário à Constituição, não pode ter validade. Negar isso seria o mesmo que dizer que o delegado é superior ao constituinte, o criado ao amo, os representantes do povo ao povo que representam; ou que aqueles que obram em virtude de poderes delegados, tanta autoridade têm para o que esses poderes autorizam, como para o que eles proíbem”. (HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. **O Federalista**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira, Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 459).

consistiu num “ato amadurecido através de séculos de história: história não apenas americana, mas universal”.⁸

Andrés Botero Bernal não nega a importância do caso *Marbury v. Madison* para a ideia de supremacia da Constituição no direito constitucional contemporâneo, no entanto, ressalta que ele não foi o primeiro caso de defesa judicial da Constituição.⁹ A título de exemplo, o referido autor cita alguns casos anteriores como o debate sobre a constitucionalidade da decisão de 1789 sobre a criação de um “Departamento de Assuntos Exteriores”, e aquele sobre as legislaturas de Virgínia e de Kentucky que solucionaram a inconstitucionalidade da *Alien and Sedition Acts*, destacando também as ideias de Hamilton expostas no *Federalista*. Ademais, Botero Bernal salienta acerca da existência de casos na América Latina no decorrer do século XIX que evidenciam a supremacia constitucional em face das demais normas infraconstitucionais, criticando o “colonialismo cultural” que, a seu ver, ensina que a defesa judicial da Constituição está baseada apenas em dois mitos fundamentais: *Marbury v. Madison* de um lado e Kelsen e os tribunais constitucionais de outro.¹⁰

Com efeito, o histórico caso *Marbury v. Madison* estabeleceu no direito constitucional contemporâneo dois grandes postulados: a supremacia do texto constitucional e o poder-dever dos juízes de negar aplicação à legislação ordinária incompatível com a Constituição.¹¹

Esta possibilidade de todo e qualquer juiz negar aplicação às leis infraconstitucionais em contrariedade com a Constituição caracteriza o controle difuso de constitucionalidade, inspiração da doutrina do *judicial review* norte-

⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1984. p. 46.

⁹ Nesse mesmo sentido: TREANOR, William Michael. **Judicial review before Marbury**. In: Stanford Law Review, Vol. 58, Number 2, November 2005. p. 455-562. “*That judicial review was dramatically better established in the years before Marbury than previously recognized*”. (p. 457).

¹⁰ BOTERO BERNAL, Andrés. Matizando o discurso eurocêntrico sobre a interpretação constitucional na América Latina. **Revista Sequência**, nº 59, p. 271-298, dez. 2009, p. 272-283. O autor critica o discurso eurocêntrico de basear a história da supremacia e da defesa constitucional em apenas dois modelos, *Marbury v. Madison* de um lado e Kelsen e os tribunais constitucionais de outro, concluindo que o referido discurso traduz as lógicas e ideias do colonialismo cultural em matéria jurídica e o pensamento hegemônico. Nesse sentido, Botero Bernal critica os historiadores do Direito latino-americanos que ignoram expressamente os discursos jurídicos pretéritos de suas regiões, privilegiando a tradição estrangeira baseada no “decisismo” judicial estadunidense e o constitucionalismo europeu do pós-guerra. Assim, o autor postula que, desde muito antes do que tradicionalmente se comenta, já havia na América Latina exercício diferente dos modelos clássicos estrangeiros sobre a interpretação da Constituição: “se se trata de interpretar a Constituição, esta tem sido interpretada na Ibero-América muito antes do que quer a nova epistemologia cultural aceitar, pelo menos, para seus territórios”. (p. 293-294).

¹¹ LAMY, Marcelo. Sistema brasileiro de controle de constitucionalidade... p. 12.

americano.¹² Luís Roberto Barroso destaca que todos os órgãos judiciais possuem o dever de recusar aplicação às leis incompatíveis com o texto constitucional, do juiz de direito recém-concursado até o Presidente do Supremo Tribunal Federal.¹³ No caso dos tribunais, entretanto, a declaração de inconstitucionalidade está condicionada ao sufrágio da maioria absoluta dos membros do órgão colegiado ou dos membros do órgão especial, conforme disposição do art. 97 da Constituição (cláusula de reserva de plenário).¹⁴

No Brasil, o critério de controle difuso foi introduzido pela primeira vez em um texto constitucional através da Constituição Republicana de 1891.¹⁵ A princípio, realizado unicamente através de recurso extraordinário, e a seguir, também por meio de mandado de segurança. Para Paulo Bonavides, tal modalidade de controle

¹² Ademais, a partir da reforma constitucional de 2011 no México, os juízes possuem não apenas o poder de recusar aplicação às leis incompatíveis com o texto constitucional, mas, também, a possibilidade de negar aplicação às leis ordinárias incompatíveis com tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, possuindo tais tratados *status* de norma constitucional. Desse modo, vem se falando de “controle de convencionalidade” a partir do novo paradigma estabelecido com a reforma do art. 1º da Constituição mexicana. A respeito disso, Miguel Carbonell ensina que: “*En el mismo artículo primero constitucional se recoge la figura de la ‘interpretación conforme’, al señalarse que todas las normas relativas a derechos humanos (del rango jerárquico que sea) se deberán interpretar a la luz de la propia Constitución y de los tratados internacionales. Esto implica la creación de una especie de bloque de constitucionalidad (integrada no solamente por la carta magna, sino también por los tratados internacionales), a la luz del cual se deberá interpretar el conjunto del ordenamiento jurídico mexicano*”. (CARBONELL, Miguel. **La reforma constitucional en materia de derechos humanos: principales novedades**. Versão digital. Disponível em: <<http://www.miguelcarbonell.com/articulos/novedades.shtml>>. Acesso em: 29 mar. 2013). No mesmo sentido, salienta José de Jesús Orozco Henríquez que: “*através del principio de interpretación conforme se abre la posibilidad explícita de que el órgano jurisdiccional analice las diversas normas del orden jurídico nacional a la luz no sólo de la Constitución, sino de las normas de derechos humanos consagradas en los tratados internacionales de los que México sea parte*.” (HENRÍQUEZ, José de Jesús Orozco. Los derechos humanos y el nuevo artículo 1º constitucional. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, México, año n. 28, p. 85-98, jul./dic. 2011. p. 92).

¹³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro...** p. 70.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1170-1172. Em um primeiro momento poderia parecer que o juízes de primeiro grau teriam mais “poder” do que os de segundo grau, tendo em vista que nos tribunais deve-se obedecer à cláusula de reserva de plenário, enquanto aqueles podem declarar a inconstitucionalidade de forma mais independente. No entanto, a chamada *full bench* explica-se pela própria ideia de órgão colegiado: não pode uma turma, órgão, câmara ou seção do tribunal declarar a inconstitucionalidade de determinada norma jurídica sem, entretanto, remeter os autos para o pleno do tribunal (ou órgão especial, quando houver), isto é, a formação completa (colegiada) da Corte. Como órgão fracionário não integra todos os membros do tribunal, impede-se, portanto, a declaração de decisões díspares e incoerentes, onde uma câmara opta pela inconstitucionalidade de determinada norma e outra decide pela sua constitucionalidade. Destarte, a competência para declarar a inconstitucionalidade de normas jurídicas, é prerrogativa jurisdicional atribuída, exclusivamente, ao plenário dos tribunais, ou ao órgão especial, quando houver, nos termos do art. 97 da Constituição Federal de 1988.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 50-51. A Constituição de 1891 consagrou o controle difuso no artigo 59, §1º, “a”, que regulamenta o recurso extraordinário.

estabelece o momento liberal das instituições nacionais, empenhadas, a partir da Constituição de 1891, com a defesa dos direitos individuais fundamentais.¹⁶

No entanto, apesar de ter sido garantido em sede constitucional em 1891, o controle difuso de constitucionalidade já havia se estabelecido no Brasil antes do advento da Constituição Republicana.¹⁷ A previsão inovadora do controle difuso esteve presente na Constituição Provisória, de 22 de junho de 1890 e disposta no Decreto nº 848, de 11 de outubro do mesmo ano, que organizou a Justiça Federal (art. 9º, §1º, alíneas “a” e “b”). Desse modo, estabeleceu-se no ordenamento jurídico pátrio um controle desconcentrado realizado pelo Poder Judiciário de forma incidental. A adoção do controle difuso no Brasil foi influenciado pelas ideias de Ruy Barbosa que também impôs na prática o entendimento da doutrina e jurisprudência norte-americana.¹⁸

Esta forma de controle caracteriza-se por ser realizada através da via da exceção, em oposição ao controle concentrado de constitucionalidade (realizado através de ação principal no direito brasileiro). Assim, no controle difuso a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo torna-se necessária para a efetiva prestação da tutela jurisdicional. O objetivo principal não consiste na declaração de inconstitucionalidade, ou seja, não averigua a inconstitucionalidade *em tese (in abstracto)* do ato normativo. Ao contrário, a declaração de inconstitucionalidade é realizada apenas de forma incidental (*incidenter tantum*), ou seja, consiste em uma questão prejudicial que necessita ser resolvida como uma premissa lógica para a adequada solução do litígio processual.¹⁹ Nesse contexto, Lúcio Bittencourt ressalta que “é mister que se trate de uma controvérsia real, decorrente de uma situação jurídica objetiva”.²⁰

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 336-337.

¹⁷ No Brasil Imperial, por outro lado, através da Constituição de 1824, segundo Marcelo Lamy, incorporou-se a concepção inglesa de supremacia do Parlamento e francesa de supremacia da Lei. A Assembleia Geral possuía atribuição – para além de editar normas – de interpretar as leis de sua competência, suspendê-las e também revogá-las, conforme art. 15, VIII, do referido diploma constitucional. Nesse contexto, a Constituição de 1824, em seu art. 15, IX, consagrava a Assembleia Geral como a guardiã da Constituição (“IX. *Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação*”). (LAMY, Marcelo. Sistema brasileiro de controle de constitucionalidade... p. 18).

¹⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis no 9.868, de 10 de novembro de 1999)**. Revista de Direito Administrativo, Volume 220 – abril/junho 2000, p. 7.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro...** p. 151.

²⁰ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Atualizado por José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 112.

A respeito do caráter incidental do controle difuso de constitucionalidade, Ruy Barbosa, o maior responsável pela adoção do modelo no ordenamento jurídico pátrio, ensinava que: “a acção não tenha por objeto diretamente o acto inconstitucional do poder legislativo, ou executivo, mas se refira á inconstitucionalidade dele apenas, como fundamento, e não alvo, do libello.”²¹

A sentença que decreta a inconstitucionalidade incidental do ato normativo não conduz à sua anulação nem à declaração de sua nulidade, mas apenas à não aplicação da lei ao caso concreto submetido à juízo. Assim, a decisão não faz a lei inconstitucional desaparecer da ordem jurídica, podendo ela ter aplicação em outro processo subjetivo (a menos que o poder competente a revogue). “Nada obsta pois a que noutro processo, em casos análogos, perante o mesmo juiz ou perante outro, possa a mesma lei ser eventualmente aplicada”.²² José Afonso da Silva destaca que a declaração de inconstitucionalidade faz coisa julgada apenas entre as partes, não vinculando os demais juízes e tribunais, porquanto qualquer órgão judicial, em princípio, poderá aplicar a lei por entendê-la constitucional, enquanto o Senado Federal, por resolução, não suspender a execução da lei.²³ A competência do Senado para suspender a exectoriedade do ato normativo será exposta adiante de forma mais detalhada.

Desse modo, por ser realizada no caso concreto submetido à análise do órgão judicial, a regra geral dita que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso restringem-se às partes que estão envolvidas na relação jurídica processual.²⁴ São os chamados efeitos *inter partes*.

Nesse ponto, o modelo brasileiro difere-se do controle difuso norte-americano, que por integrar a tradição da *common law* vincula-se à lógica da *stare decisis*, ou seja, no direito norte-americano os julgados de um tribunal superior vinculam os órgãos judiciais inferiores submetidos a uma mesma jurisdição. Assim, não obstante a decisão referir-se a um caso concreto, os efeitos da inconstitucionalidade aplicam-se a toda coletividade, ou seja, possuem efeitos *erga omnes*.²⁵ Ao revés, no controle difuso pátrio, vinculado à tradição romano-germânica

²¹ BARBOSA, Ruy. **Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro, Companhia Impressora, 1893. Disponível em: < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000124.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2013. p. 124.

²² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**... p. 313-314.

²³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**... p. 54.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**... p. 150-151.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**... p. 70-71.

da *civil law*, as decisões de um tribunal não vinculam os demais órgãos judiciais, possuindo efeitos apenas entre as partes.

A possibilidade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em um caso concreto após julgamento do Supremo Tribunal Federal serem aplicáveis a toda coletividade, ou seja, a possibilidade de se conferir efeitos *erga omnes* através do controle difuso de constitucionalidade, consiste em competência privativa do Senado Federal.²⁶ Esta ideia está disposta no art. 52, X, da Constituição, que preceitua ser competência privativa do Senado Federal: “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.²⁷ Gilmar Mendes aduz que a Constituição de 1934 já consagrava esta competência do Senado Federal (art. 91, IV, c/c o art. 96) para suspender execução de lei declarada inconstitucional por decisão do STF.²⁸

Portanto, observa-se que a aplicação de efeitos *erga omnes* em sede de controle difuso de constitucionalidade, conforme leitura do texto constitucional, constitui competência privativa do Poder Legislativo.

Entretanto, Gilmar Mendes ressalta que a eficácia geral da suspensão pelo Senado Federal da lei declarada inconstitucional pelo STF perdeu grande parte do seu significado após a introdução no direito pátrio do controle abstrato de constitucionalidade, tendo o dispositivo sofrido, na visão do referido autor, o fenômeno da mutação constitucional.²⁹ O autor entende que atualmente a fórmula

²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 35.

²⁷ Todavia, neste caso a decisão produzirá efeitos *ex nunc*. Lenio Streck, Marcelo Cattoni de Oliveira e Martonio Barreto Lima, nesse contexto, destacam a diferença entre a retirada da eficácia da lei, no controle concentrado de constitucionalidade (efeitos *ex tunc*), e a suspensão realizada pelo Senado de uma lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso, nos termos do art. 52, X, da Constituição, no qual os efeitos não são retroativos, porquanto “suspender a execução da lei não pode significar retirar a eficácia da lei”. Os autores ensinam que: “a suspensão da lei somente pode gerar efeitos *ex nunc*, pela simples razão de que a lei está suspensa (revogada), à espera da retirada de sua eficácia. Daí a diferença entre suspensão/revogação e retirada da eficácia. Sem eficácia, a lei fica nula; sendo nula a lei, é como se nunca estivesse existido”. (STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Mundo Jurídico**, 2007. Disponível em: < <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1300.pdf>>. Acesso em: 2 julho 2013. p. 8).

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 200.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 394. Nesse vértice, Gilmar Mendes assevera que: “Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes? A única resposta plausível indica que o instituto da

do art. 52, X, da Constituição, tem simples efeito de publicidade da decisão do STF, vez que a decisão proferida pelo Pretório Excelso, por si só, já produziria efeitos *erga omnes*.³⁰ Foi o entendimento adotado no Habeas Corpus nº 82.959, no qual se declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90.³¹ Nesse sentido, Gilmar Mendes destaca a “inadequação, o caráter obsoleto mesmo, do instituto de suspensão de execução pelo Senado no atual estágio do nosso sistema de controle de constitucionalidade”.³²

No que diz respeito aos efeitos temporais, cumpre destacar que o direito brasileiro adotou, como regra, a teoria da nulidade dos atos declarados inconstitucionais, influência da doutrina americana, em oposição ao pensamento de Kelsen que defendia o caráter não declaratório da decisão que decreta a inconstitucionalidade.³³

A controvérsia que se estabeleceu nos Estados Unidos consistia em descobrir se o Poder Judiciário poderia declarar a nulidade das leis editadas pelo Legislativo que estivessem em desconformidade com o texto constitucional. A ideia que acabou prevalecendo foi a de que os representantes populares não poderiam ter mais poderes do que o próprio povo. Assim, a lei originada do Poder Legislativo que confrontasse o texto da Constituição não poderia ter validade, em hipótese alguma, razão pela qual deveria ser declarada nula, sob pena de o legislador desfrutar de mais poderes do que o constituinte.³⁴

Nesse sentido, a declaração de inconstitucionalidade implica na nulidade da lei *ab initio*, também chamada de nulidade de pleno direito.³⁵ Ou seja, declarada a

suspensão pelo Senado de execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica”. (p. 394).

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional...** p. 1208.

³¹ Na Reclamação 4.335/AC (Rcl. 4.335, rel. Min. Gilmar Mendes, 19-04-2007, informativo STF/463) é discutida a afronta à decisão proferida pelo STF no Habeas Corpus nº 82.959, a respeito do novo entendimento do papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade.

³² MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade...** p. 395.

³³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 307. Hans Kelsen, grande idealizador do controle concentrado de constitucionalidade, defendia que a decisão que decreta a inconstitucionalidade de um ato normativo opera efeitos *ex nunc*, ou seja, efeitos não retroativos. O posicionamento de Kelsen será abordado mais detalhadamente no tópico que trata do controle concentrado de inconstitucionalidade.

³⁴ FERREIRA, Carlos Wagner Dias. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso. **REVISTA ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, Recife: TRF 5ª Região, nº 12. Março 2007. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/content/view/41/162/>>. Acesso em: 02 mar. 2013. p. 157.

³⁵ FERREIRA, Carlos Wagner Dias. Modulação dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade no Controle Difuso... p. 157-158. O referido autor destaca que a teoria da nulidade dos atos declarados inconstitucionais recebeu grande prestígio com a recepção do sistema americano difuso

inconstitucionalidade do ato normativo, é como se ele nunca tivesse integrado o ordenamento jurídico pátrio, gerando, portanto, efeitos retroativos (*ex tunc*).³⁶

Carlos Wagner Dias Ferreira ressalta que se a declaração de nulidade não retroagisse à data da promulgação da lei, de nada adiantaria o pronunciamento da inconstitucionalidade pelo órgão judicial, pois foi justamente o ato normativo inconstitucional que causou o estopim do conflito intersubjetivo.³⁷

Todavia, a teoria da nulidade absoluta dos atos inconstitucionais vem sendo mitigada pela doutrina e pela jurisprudência. No direito brasileiro, Lúcio Bittencourt foi um dos primeiros juristas a relativizar a ideia da retroatividade dos efeitos da decisão, ressaltando que a declaração da inconstitucionalidade não suprime os efeitos fáticos produzidos pela lei inconstitucional no período em que ela era tida como constitucional.³⁸

Mas a mitigação da teoria da nulidade só foi ganhar relevo considerável com o advento no ordenamento jurídico brasileiro do art. 27 da Lei nº 9.868/1999, a lei que dispõe acerca da ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) e da ação declaratória de constitucionalidade (ADC).³⁹ Daniel Sarmento ressalta que a referida

de constitucionalidade, a partir da Constituição Republicana de 1891, tendo Ruy Barbosa como um dos maiores defensores desta sistemática. A respeito da nulidade dos atos inconstitucionais, Ruy Barbosa defendia que: “toda medida, legislativa, ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionais é, de sua essência, nulla. Atos nulos da legislatura não podem conferir poderes válidos ao executivo”. (BARBOSA, Ruy. **Os actos inconstitucionales do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal...** p. 47).

³⁶ Cármen Lúcia Antunes Rocha ressalta, inclusive, que a declaração de inconstitucionalidade das leis determina a imediata decadência dos regulamentos (e, conseqüentemente, de todos os seus efeitos) que tenham por base a lei declarada inconstitucional. (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 101). Consiste na chamada inconstitucionalidade por arrastamento em sua modalidade vertical. A inconstitucionalidade reflexa é vedada pelo Supremo Tribunal Federal, no entanto, admite-se a chamada inconstitucionalidade por arrastamento de regulamentos. Ou seja, a declaração frontal de inconstitucionalidade de regulamentos não é permitida, mas, por outro lado, a declaração de constitucionalidade da norma que dá validade ao regulamento, por consequência, gera a inconstitucionalidade por arrastamento do ato normativo secundário, tendo em vista a dependência existente entre tais espécies normativas. (PADILHA, Rodrigo Corrêa. **Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013. p. 112-113).

³⁷ FERREIRA, Carlos Wagner Dias. *Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso...* p. 158.

³⁸ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis...** p. 148-149.

³⁹ **Lei nº 9.868/1999. Art. 27.** *Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.*

lei optou pela flexibilização do dogma da nulidade absoluta da lei inconstitucional.⁴⁰ O dispositivo prevê que o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, poderá modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Apesar do dispositivo regular o contexto do controle concentrado de constitucionalidade, a doutrina vem admitindo que os juízes de direito também possuem esse poder, além do próprio STF em sede de controle difuso de constitucionalidade mediante recurso extraordinário. Nesse vértice, Gilmar Mendes destaca que a limitação de efeitos pode ser aplicada tanto no controle concentrado, via ação direta, quanto no controle incidental, através de um caso concreto.⁴¹ Carlos Wagner Dias Ferreira também defende a possibilidade do juiz declarar incidentalmente a inconstitucionalidade e estabelecer os efeitos temporais de sua decisão, especialmente nos casos de existência de ameaça de ofensa à boa-fé e da segurança jurídica das partes envolvidas no litígio concreto.⁴²

Outrossim, o entendimento de que o julgamento proferido em sede de recurso extraordinário (ou seja, em sede de controle difuso) atinge somente as partes também vem sendo mitigado pela recente prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal através de uma tendência de abstrativização do controle de constitucionalidade brasileiro. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni destaca tal tendência, salientando que surgiu recentemente no STF a orientação de que as suas decisões, quando objeto de manifestação do Plenário, mesmo as proferidas incidentalmente em sede de recurso extraordinário, gozam de efeito vinculante em relação à Administração Pública e aos demais tribunais do Poder Judiciário.⁴³

⁴⁰ SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite (Coords). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 29.

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**... p. 1218.

⁴² FERREIRA, Carlos Wagner Dias. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso... p. 176.

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**... p. 58. A respeito da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, Luiz Guilherme Marinoni destaca as palavras do Ministro Gilmar Mendes proferidas no RE 376.852/SC: “Esse novo modelo legal traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*)”. Marinoni, ainda, salienta que: “Perante o Pleno do Supremo Tribunal Federal, são praticamente idênticos os procedimentos para a declaração de inconstitucionalidade nos modelos concreto e abstrato. A partir da noção de processo de caráter objetivo – que abrange ambos os modelos –, não existe qualquer razão plausível para se atribuir

Portanto, denota-se, a partir desta tendência, que os efeitos do controle difuso de constitucionalidade, em regra *inter partes*, acabam sendo prolongados para toda a coletividade, ou seja, efeitos *erga omnes*. A partir da referida abstrativização, há, inclusive, a diminuição do papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade (art. 52, X, da Constituição), sendo que o referido dispositivo apenas concederia publicidade à lei declarada inconstitucional, conforme já foi visto supra.

O julgamento proferido no Recurso Extraordinário nº 197.917 – caso do Município paulista de Mira Estrela – é um bom exemplo de modulação dos efeitos em sede de controle difuso de constitucionalidade. O STF, através de polêmica conduta ativista, além de influenciar a extensão dos efeitos para toda coletividade (*erga omnes*), modulou seus efeitos para o futuro (efeitos prospectivos ou *pro futuro*), com fundamentação baseada na segurança jurídica das relações sociais e no princípio da boa-fé. No caso em tela, diante da declaração de inconstitucionalidade no sentido de reduzir o número de vereadores do Município de Mira Estrela, com fulcro no art. 29, IV da Constituição, o STF modulou os efeitos da decisão declarando que eles apenas seriam válidos para a legislatura seguinte.

O caso do recurso extraordinário de Mira Estrela e o controverso tema do ativismo judicial relacionado à modulação dos efeitos serão estudados com mais detalhes no último capítulo do presente estudo que versa sobre os limites da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito.

1.2 O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Assim como o controle difuso de constitucionalidade, o controle concentrado também possui raízes históricas consolidadas no direito constitucional contemporâneo. A origem desta forma de controle remonta ao pensamento kelsiano

efeito vinculante a um modelo e não ao outro.” (p. 59).

que influenciou significativamente o sistema de controle de constitucionalidade adotado pela Constituição da Áustria, de 1920, e aperfeiçoada por emenda em 1929.

Luís Roberto Barroso ensina que, além da expressão doutrinária de Hans Kelsen, duas outras razões influenciaram, nos países continentais europeus, a adoção de um sistema de controle de constitucionalidade diverso ao modelo da *judicial review* consolidado nos Estados Unidos: a inexistência da *stare decisis* nos seus sistemas judiciais e a existência de magistratura de carreira para a composição dos tribunais.⁴⁴

Kelsen defendia a existência de um Tribunal Constitucional que teria competência exclusiva para decidir – de modo concentrado – acerca da inconstitucionalidade dos atos normativos.⁴⁵ Diferentemente da competência isolada de um tribunal de afastar a aplicação da lei no caso concreto, a competência do Tribunal Constitucional operaria efeitos vinculantes, porquanto a lei declarada inconstitucional perde a sua validade não apenas com relação a um único caso concreto, mas em relação a todos os casos a que a lei faça referência.⁴⁶

Contudo, na contramão da experiência americana, Kelsen defendia que a norma declarada inconstitucional era anulável, operando, portanto, efeitos não-retroativos, ou seja, *ex nunc*.⁴⁷ Como é cediço, esse pensamento não foi adotado pelo direito pátrio, que se filiou à teoria da nulidade absoluta dos atos inconstitucionais, seja em sede de controle difuso, seja em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Nesse contexto, a Constituição austríaca de 1920 inovou e, assim, instituiu uma Corte Constitucional competente para fiscalizar a inconstitucionalidade das leis de modo concentrado e exclusivamente por via de ação direta. Desse modo,

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro...** p. 70.

⁴⁵ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 150-178.

⁴⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito...** p. 301-303. Acerca deste ponto, são insígnias as palavras do jurista austríaco: “Se todo tribunal é competente para controlar a constitucionalidade da lei a aplicar por ele a um caso concreto, em regra ele apenas tem a faculdade de, quando considere a lei como ‘inconstitucional’, rejeitar a sua aplicação ao caso concreto, quer dizer, anular a sua validade somente em relação a um caso concreto. A lei, porém, permanece em vigor para todos os outros casos a que se refira e deve ser aplicada a esses casos pelos tribunais, na medida em que estes não afastem também a sua aplicação num caso concreto. Se o controle de constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como ‘inconstitucional’ não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do direito”. (p. 303).

⁴⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito...** p. 306-307. Nesse vértice, o autor salienta que: “uma norma jurídica em regra somente é anulada com efeitos para futuro, por forma que os efeitos já produzidos que deixa para trás permanecem intocados”. (p. 306).

estando a competência concentrada exclusivamente no Tribunal Constitucional, os demais órgãos judiciais não possuíam competência para examinar a inconstitucionalidade dos atos normativos. Todavia, após a emenda de 1929, o direito austríaco passou a admitir, também, o controle concreto de constitucionalidade, suscitado apenas pelos órgãos judiciais de segunda instância. Clèmerson Merlin Clève destaca que o modelo austríaco de jurisdição constitucional foi adotado por inúmeros países, mormente os europeus, dentre os quais Alemanha, Itália, Espanha, Turquia, Chipre, Grécia, Bélgica e, apenas em parte, Portugal.⁴⁸

No ordenamento jurídico brasileiro, o controle concentrado de constitucionalidade, de forma ainda embrionária, apareceu pela primeira vez através da Constituição de 1934, que previu a hipótese da denominada ação direta interventiva.⁴⁹ Este instrumento possibilitava a intervenção da União nos Estados para assegurar a observância dos chamados princípios constitucionais sensíveis, por exemplo.⁵⁰ A representação interventiva, segundo Clève, trata-se de um controle direto, tendo em vista, todavia, a análise de um caso concreto.⁵¹ Desse modo, o

⁴⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro...** p. 68-69. Em Portugal, José Manuel M. Cardoso da Costa aduz que o controle concreto de constitucionalidade “vem a assumir, assim, um caráter misto, e bastante original, não se reconduzindo inteiramente à solução de qualquer dos dois conhecidos modelos clássicos – o do controlo difuso, de inspiração americana, e o do controlo concentrado, hoje dominante no direito constitucional comparado europeu. Por um lado, acolhe-se a ideia fundamental do primeiro dos modelos indicados, não se retirando à generalidade dos tribunais competência para decidirem integralmente a questão da constitucionalidade, e não os obrigando, mesmo quando esteja em causa uma ‘lei’, a submeter essa questão previamente (antes de proferirem a decisão de fundo) ao Tribunal Constitucional’ mas, por outro lado, estabelece-se, por via do recurso, um princípio de concentração de competência neste último Tribunal, que, valendo qualquer que seja a natureza e o grau hierárquico da norma questionada, e não apenas quando ela seja uma norma legal, opera necessariamente no caso de ser posta em causa a conformidade constitucional de norma de carácter legislativo ou equivalente ou uma decisão de defesa da Constituição já antes proferida pelo órgão jurisdicional ao qual essa defesa específica e primeiramente cabe”. (DA COSTA, José Manuel M. Cardoso. **A jurisdição constitucional em Portugal**. Coimbra, 1987. p. 22-23). Jorge Miranda, no mesmo sentido, ressalta que o Tribunal Constitucional português não é o único órgão de fiscalização de constitucionalidade no país, destacando o art. 204 da Constituição lusitana que confere competência aos demais tribunais para controlar a constitucionalidade das normas e, ainda, os arts. 120, 134, alínea ‘d’, 138 e 195, n.º 2, que confere a competência ao Presidente da República e o art. 162, alínea ‘a’, que concede competência à Assembleia da República. (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, tomo VI: inconstitucionalidade e garantia da Constituição. 3. ed. Coimbra Editora, 2008. p. 162).

⁴⁹ No atual diploma constitucional, a ação direta interventiva, de representação do Procurador-Geral da República, está prevista no art. 36, III.

⁵⁰ LAMY, Marcelo. Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade... p. 19.

⁵¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro...** p. 123. A respeito da classificação da ADIn interventiva como concentrada no STF e concreta, Clève destaca que: “a Constituição de 1934 instituiu uma ação direta que, conquanto não inaugure um mecanismo abstrato de fiscalização de constitucionalidade (julgamento da ação constitui pressuposto da decretação da intervenção federal), não se reconduz à configuração da fiscalização incidental. Cuida-se de procedimento fincado a meio caminho entre a fiscalização da lei *in thesi* e

controle concentrado e *também* abstrato só foi aparecer com a Emenda Constitucional nº 16, de 6 de dezembro de 1965, que introduziu a chamada ação genérica, de competência concentrada no Supremo Tribunal Federal e mediante representação exclusiva, ainda, do Procurador-Geral da República.⁵²

Insta destacar, nesse ponto, que os conceitos ‘abstrato’ e ‘concentrado’ não se confundem, como se tem por evidente. É certo que no direito brasileiro o controle concentrado, por via principal, terá normalmente caráter abstrato. Todavia, a aludida ação direta interventiva configura uma evidente exceção, pois trata-se de controle concentrado, perante o Supremo Tribunal Federal, mas, *ex adverso*, a manifestação é *in concreto*.⁵³ Luís Roberto Barroso lembra também que nos países europeus existem casos nos quais se configurará controle concentrado de constitucionalidade, mas, por outro lado, ele é feito de via incidental, *in concreto*.⁵⁴

A Constituição da República de 1988 inovou o sistema constitucional brasileiro e passou a prever inúmeros mecanismos que, nos dizeres de Clèmerson

aquela realizada *in casu*. Trata-se, pois, de uma variante da fiscalização concreta por meio de ação direta”. (p. 123). No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso aduz que: “não se trata de um processo objetivo, sem partes ou sem um caso concreto subjacente. Cuida-se, sim, de um litígio constitucional, de uma relação processual contraditória, contrapondo União e Estado-membro, cujo desfecho pode resultar em intervenção federal”. (BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro...** p. 351).

⁵² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro...** p. 71.

⁵³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro...** p. 76. O autor ensina que: “não há correspondência necessária entre a via incidental (de exceção ou de defesa) e a fiscalização difusa, ou entre a via de ação (principal) e a fiscalização concentrada. A correlação é verdadeira no Brasil, onde a fiscalização é difusa e desencadeada incidentalmente (por via de exceção ou de defesa), sendo certo que a concentrada é provocada por via de ação (principal). Mas a correspondência não é verdadeira em outros sistemas. Na Áustria, na Alemanha, na Itália e na Espanha a questão de constitucionalidade suscitada por via incidental (de defesa ou exceção) conduz a uma fiscalização concentrada”. (p. 76-77).

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro...** p. 74. Assinala-se, nesse contexto, que o controle concentrado de constitucionalidade *in concreto* também pode ser encontrado em alguns países da América Latina. O “*juicio de amparo*” mexicano é um bom exemplo disto. Os efeitos do “*juicio de amparo*” são restritos somente às partes e a competência pode ser concentrada no órgão máximo do Poder Judiciário mexicano, a *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, conforme o art. 33, I, da *Ley de Amparo*. A respeito do “*juicio de amparo*”, Héctor Fix-Zamudio e Jorge Carpizo ensinam que ele: “*es el único instrumento por conducto del cual se puede impugnar un ordenamento legal que se considera contrario a las disposiciones de la Constitución Federal, ya sea en forma directa al combatir los actos legislativos, o de manera indirecta a través de la impugnación de la sentencia judicial en la cual se hubiese aplicado un ordenamento que se estima contrario a la Ley Suprema. En todo caso la decisión pronunciada en única o segunda instancia por la Suprema Corte de Justicia o los Tribunales Colegiados de Circuito tiene efectos particulares para el caso concreto y sólo para las partes*”. Os autores destacam, ainda, que, por influencia do direito mexicano, outros ordenamentos jurídicos da América Latina acabaram por adotar o instituto, como a Guatemala, Honduras e Nicarágua. (CARPIZO, Jorge; FIX-ZAMUDIO, Héctor. *La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente. Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número 52, Sección de Artículos, 1985. p. 34-35).

Merlin Clève, “potencializam o controle abstrato”.⁵⁵ Assim, como mecanismos e formas de controle abstrato de constitucionalidade, a Constituição de 1988 trouxe a ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADIn por omissão), a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), além da já conhecida ação direta interventiva; trouxe a possibilidade, ainda, da representação de inconstitucionalidade estadual (em face do Tribunal de Justiça de cada Estado). Finalmente, através da Emenda nº 03/93, a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) incorporou-se ao ordenamento jurídico pátrio. No que concerne às ações direta de inconstitucionalidade e constitucionalidade, Clève destaca que é necessário dar tratamento uniforme a elas e que os legitimados ativos devem, necessariamente, ser os mesmos.⁵⁶

Nesse viés, denota-se, claramente, o incremento do controle abstrato e da jurisdição constitucional brasileira após o advento da Constituição de 1988, diante do significativo número de ações abstratas de controle de constitucionalidade.

Destarte, no que diz respeito ao controle concentrado de constitucionalidade do direito brasileiro, consagrado pelo diploma constitucional de 1988, Paulo Bonavides ensina que ele é exercido através de uma ação principal que permite o controle *in abstracto* das normas infraconstitucionais. Assim, a lei é impugnada em tese perante o tribunal competente (Supremo Tribunal Federal) e, no caso de procedência da ação, perderá a sua validade constitucional e, conseqüentemente, será anulada do ordenamento jurídico, operando-se efeitos *erga omnes* (contra todos), portanto, de forma diversa do que acontece no controle difuso (efeitos *inter partes*).⁵⁷ Nesse mesmo sentido, Gilmar Mendes leciona que o controle abstrato adotado pelo direito brasileiro concentra-se no Supremo Tribunal Federal, com competência deste para julgar as ações autônomas nas quais a controvérsia constitucional é apresentada, desde que tenha como parâmetro a Constituição Federal.⁵⁸

⁵⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Artigo 103, caput e parágrafo primeiro ADI e ADC**. Disponível em: <http://www.unibrasil.com.br/sitemestrado/_pdf/artigo-103-caput-e-paragrafo-primeiro-clemerson.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2013. p. 1.

⁵⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro...** p. 411.

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional...** p. 318.

⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **O controle da constitucionalidade no Brasil**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/porta1StfInternacional/porta1StfAgenda_pt_br/anexo/Controle_de_Constitucionalidade_v__Port1.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2013. p. 5.

Ressalte-se, todavia, que quando a inconstitucionalidade tiver como parâmetro a Constituição estadual, o tribunal competente será o Tribunal de Justiça respectivo. Ao revés, quando o parâmetro for a Constituição Federal, o órgão competente sempre será o Supremo Tribunal Federal.

Conforme já foi assinalado, o direito brasileiro filiou-se à teoria da nulidade dos atos declarados inconstitucionais. Portanto, ao contrário do pensamento de Kelsen, a declaração da inconstitucionalidade em sede de controle concentrado de constitucionalidade também opera, em regra, efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos, assim como acontece em sede de controle difuso.

No entanto, assim como já foi visto no controle difuso, o controle concentrado também – e especialmente –, após o advento Lei nº 8.868/1999, viu os efeitos retroativos serem mitigados pelo art. 27 do referido diploma legal, posto em prática pela recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Ingo Wolfgang Sarlet defende que a possibilidade de mitigação da teoria da nulidade dos atos inconstitucionais não poderia adentrar no ordenamento jurídico pátrio através de lei ordinária, como ocorreu. O autor, levantando o tema da legitimidade democrática, ressalta que não parece razoável atribuir à maioria simples e transitória do Congresso Nacional a decisão de questões tão importantes para o direito constitucional brasileiro, com importantes e perigosas consequências (como a inegável ampliação de poderes do Supremo Tribunal Federal). Nesse particular, Sarlet salienta que a regulação por lei ordinária deveria restringir-se a aspectos meramente procedimentais e de ordem organizacional.⁵⁹

Denota-se que o advento do art. 27 da Lei nº 8.868/1999 no direito brasileiro foi deveras ousado. Além de relativizar o dogma da nulidade absoluta, permitindo efeitos *ex nunc* no controle concentrado, o referido diploma legal autoriza, ainda, o Supremo Tribunal Federal a decidir que a declaração de inconstitucionalidade venha gerar efeitos apenas a partir de um momento determinado do futuro, ou seja, trata-se da possibilidade de eficácia prospectiva das decisões do Supremo (efeitos *pro futuro*), sem estabelecer qualquer tipo de limite acerca da manipulação de suas decisões. Ingo Sarlet critica frontalmente esta ampliação de poderes do STF, ressaltando tratar-se de uma “margem de arbítrio sem precedentes” no direito

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 19, julho/agosto/setembro, 2009. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 04 maio 2013. p. 9.

constitucional contemporâneo, evidenciando o tema do ativismo judicial.⁶⁰ Lenio Luiz Streck também questiona o poder excessivo outorgado ao Supremo Tribunal Federal através da possibilidade de eficácia prospectiva de suas decisões. O referido autor lembra que a disposição do prazo para início da eficácia da decisão enfraquece a força normativa da Constituição, em razão da possibilidade de modulação dos efeitos, a partir de conceitos abertos e deveras vagos, pautados em *razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social*.⁶¹

Ives Gandra da Silva Martins tampouco concorda com a possibilidade de relativização do dogma da nulidade das leis constitucionais no direito brasileiro, destacando a inconstitucionalidade do art. 27 do supracitado texto legal. O autor lembra, por exemplo, que, na seara do direito tributário, poder-se-ia gerar uma “irresponsabilidade impositiva”, com evidente possibilidade de exações inconstitucionais.⁶² Ingo Sarlet também se preocupa com esta questão ao ressaltar a possibilidade de o contribuinte – apesar de ter ao seu favor uma decisão do Supremo que afirme a inconstitucionalidade da cobrança de determinado tributo – ser obrigado a continuar pagando a contribuição pelo prazo que vier a ser devidamente estabelecido pelo órgão judicial.⁶³ No entanto, parcela da doutrina tributária, como Octavio Campos Fischer e Karla Ferreira de Camargo Fischer, defende a modulação dos efeitos temporais como uma “regra de calibração” a fim de evitar a desestabilização do sistema jurídico tributário, apesar de ressaltar a

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Arguição de descumprimento de preceito fundamental... p. 10-11.

⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 544-545.

⁶² MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 205-206. Ao comentar o art. 27 da Lei nº 9.868/99, o autor destaca que: “seria como permitir ao assaltante ficar com todo o produto do roubo declarado até o momento em que houve sua condenação, proibindo de voltar a roubar as mesmas vítimas depois de condenado”. E, afastando definitivamente a possibilidade de efeitos *ex nunc* nas decisões que declaram a inconstitucionalidade de determinada norma jurídica, Ives Gandra aduz que: “o sistema constitucional brasileiro não comporta, a meu ver, a experiência constitucional alemã. A norma inconstitucional o é desde seu nascedouro, não podendo ser a ‘inconstitucionalidade real’ transformada em ‘constitucionalidade pragmática’ por decisão da Suprema Corte, convalidando os atos contra a lei praticados anteriormente.” (p. 206).

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. Arguição de descumprimento de preceito fundamental... p. 13. Esta consequência pragmática é evidenciada pelo parecer unânime da Comissão de Finanças e Tributação pela aprovação do PL nº 2.960-A/1997, que daria origem à Lei nº 9.868/1999: <http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=D&Datain=26/01/1999&txpagina=3697&altura=650&largura=800>.

excepcionalidade da técnica para as hipóteses em que os prejuízos forem de fato suficientes para causarem uma situação irreparável ao patrimônio público.⁶⁴

Dessa forma, ao final desse primeiro capítulo, observa-se que, no panorama atual do controle de constitucionalidade brasileiro, o Supremo Tribunal Federal vem adquirindo amplos poderes para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, seja em sede de controle difuso, seja em sede de controle concentrado de constitucionalidade. No âmbito do controle difuso, discute-se a tendência de abstrativização do controle de constitucionalidade, vale dizer, mesmo as decisões proferidas em um caso concreto através de recurso extraordinário – quando, em tese, deveriam restringir-se apenas às partes da relação processual –, operam, na realidade, efeitos vinculantes. Paralelamente a este fenômeno, discute-se também a questão da flexibilização da teoria da nulidade dos atos inconstitucionais, tanto em controle difuso, como, também, em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Os efeitos que deveriam ser retroativos, acabam, em verdade, sendo modulados pelo Supremo Tribunal Federal (seja através de recurso extraordinário, seja através de uma ação abstrata de constitucionalidade). Tem-se, dessa forma, a operação de efeitos *ex nunc* e *pro futuro* no controle de constitucionalidade nacional. As críticas à tendência de abstrativização e à flexibilização do dogma da nulidade absoluta das normas inconstitucionais, relacionadas ao ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, serão analisadas mais pormenorizadamente no derradeiro capítulo deste estudo.

⁶⁴ FISCHER, Octavio Campos; FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. Supremacia constitucional e modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)**, v. 12, p. 326-337, 2012. p. 331-334.

CAPÍTULO 2 – O SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

2.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Após breve exposição das duas espécies principais de controle de constitucionalidade existentes no contexto contemporâneo do direito constitucional, tem-se que a Constituição Federal de 1988 adotou o sistema eclético ou misto, ou seja, um sistema que congrega os dois sistemas de controle analisados no capítulo anterior: o difuso, realizado *in concreto* por todo e qualquer juiz no direito brasileiro e, também, o concentrado, realizado perante o Supremo Tribunal Federal através de um processo objetivo para averiguação da inconstitucionalidade de uma lei em tese.⁶⁵

Todavia, apesar da coexistência dos dois modelos no direito brasileiro, observa-se que após o advento da Constituição de 1988 a fiscalização abstrata ganhou maior destaque. Nesse particular, Clèmerson Merlin Clève lembra que se até o surgimento da Constituição de 1988 o modelo difuso consistia na via mais comum do controle de constitucionalidade brasileiro, a partir de então, isso mudou, tendo o controle concentrado ganhado inegável destaque com a previsão de novas ações abstratas, com o aumento considerável do rol de legitimados ativos para sua proposição e, também, com a previsão de novos mecanismos que evidenciam este modo de controle, como a figura da repercussão geral e da súmula vinculante.⁶⁶ Gilmar Mendes destaca o papel do controle concentrado na ordem constitucional inaugurada pela Constituição de 1988 ao ressaltar que: “todas as controvérsias

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **O controle da constitucionalidade no Brasil...** p. 2. Nesse contexto, Egon Bockmann Moreira, ao ressaltar acerca das fases do Direito Constitucional pátrio, destaca que as influências percebidas ao longo da história nacional não são momentos substitutivos, mas sucessivos e integradores. (MOREIRA, Egon Bockmann. Conselho Nacional de Justiça: competências, contradições e perspectivas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 24, novembro/dezembro/janeiro, 2011. Versão digital. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-24-NOVEMBRO-2010-EGON-BOCKMANN.pdf>>. Acesso em: 14 set 2013).

⁶⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Artigo 102, caput e parágrafo primeiro ADI e ADC...** p. 1.

constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas”.⁶⁷

Até o advento da Constituição de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro somente admitia a representação de inconstitucionalidade, também chamada de ação genérica, de competência exclusiva do Procurador-Geral da República, além da ação direta interventiva (ADIn interventiva), da qual já se destacou a natureza concreta e concentrada.⁶⁸ A respeito desta ação, Raul Machado Horta destaca que a Constituição de 1988 manteve a ADIn interventiva de competência do Procurador-Geral da República, na hipótese de inobservância aos princípios constitucionais sensíveis, constantes no art. 34, VII, do texto constitucional, que poderá ensejar a intervenção federal nos Estados.⁶⁹ Destaque-se, ainda, que a ADIn interventiva também poderá ser representada pelo Chefe do Ministério Público Federal no caso de recusa à execução de lei federal, conforme prevê o art. 34, VI c/ art. 36, III, da Constituição Federal, podendo, igualmente, ter como consequência o decreto de intervenção, de competência do Poder Executivo.

Porém, com o novo texto constitucional, a antiga representação de inconstitucionalidade (ação genérica) transformou-se na ação direta de inconstitucionalidade (ADIn)⁷⁰, de competência originária do Supremo Tribunal Federal, também possível na hipótese de omissão inconstitucional (ADO) e, ainda, no âmbito estadual, em face da Constituição Estadual, conforme previsão do art. 125, §2º, da Constituição.

A ação direta de constitucionalidade (ADIn) ganhou previsão no art. 102, I, alínea “a”, da Constituição Federal, cuidando das hipóteses em que ocorre a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Esta ação foi regulada de forma mais detalhada pela Lei nº 9.868/1999, destacando-se que no

⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **O controle da constitucionalidade no Brasil...** p. 5.

⁶⁸ A respeito da ADIn interventiva, José Afonso da Silva destaca que a sua decisão não será meramente declaratória, mas também condenatória, justamente pelo caráter concreto da referida ação: “diferente é o efeito da sentença proferida no processo de ação de inconstitucionalidade interventiva que é proposta pelo Procurador-Geral da República ou pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado conforme se trate de intervenção federal em algum estado ou estadual em algum Município. Visa não apenas obter a declaração de inconstitucionalidade, mas também restabelecer a ordem constitucional no Estado, ou Município, mediante intervenção (*omissis*). Daí se vê que a decisão, além de decretar a inconstitucionalidade do ato, tem um efeito condenatório, que fundamenta o decreto de intervenção”. (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo...** p. 55.)

⁶⁹ HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 397.

⁷⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Artigo 103, caput e parágrafo primeiro ADI e ADC...** p. 3.

seu procedimento o Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido para emitir parecer sobre a inconstitucionalidade do ato normativo, nos termos do art. 103, § 1º, do diploma constitucional. Contudo, este parecer opinativo do Procurador-Geral da República será confrontado com a defesa do ato ou texto impugnado pelo Advogado-Geral da União, conforme reza o art. 103, § 3º, da Constituição.⁷¹

Ainda, cumpre asseverar a respeito da possibilidade de medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade, que também é possível nas outras ações abstratas (ADO, ADPF e ADC). A medida cautelar, conforme prevê o art. 10 da Lei nº 9.868/1999, será decidida pela maioria absoluta dos membros do STF, ou seja, através do quórum de seis Ministros, para suspensão do ato normativo impugnado. O art. 10, § 2º, do referido diploma legal, destaca os chamados efeitos repristinatórios da cautelar, tornando aplicável a legislação anterior ao caso.

Finalmente, a decisão final na ação direta de inconstitucionalidade deverá ser tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros, com manifestação de num ou noutro sentido da maioria absoluta do STF, ou seja, através de um quórum de seis Ministros. Conforme o art. 26 da referida lei, a decisão que declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ato normativo é irrecurável, não podendo ser objeto de ação rescisória. Conforme já foi exposto no primeiro capítulo, a decisão na ADIn opera efeitos vinculantes, *ex tunc* e *erga omnes*, podendo ter seus efeitos modulados por quórum de dois terços dos ministros do STF, nos termos do art. 27 do referido texto legal.

Por seu turno, a ADIn por omissão (ADO) possui como finalidade a ciência do Poder Legislativo e do órgão administrativo para que editem norma suficiente à regulamentação dos dispositivos constitucionais, sanando, assim, a omissão inconstitucional.⁷² A necessidade da previsão desta ação surgiu diante da elevada quantidade de normas de eficácia limitada no texto constitucional, ou seja, normas que dependem da atuação do legislador infraconstitucional para produzirem plenos efeitos.⁷³ A adoção da ADIn por omissão na Constituição Federal de 1988 obteve

⁷¹ HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional...** p. 398.

⁷² BULOS, Uadi Lâmmego. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 249.

⁷³ Nessa matéria, a Constituição Federal de 1988 previu, ainda, o mandado de injunção em seu art. 5º, LXXI. Este remédio constitucional também objetiva sanar a omissão inconstitucional, entretanto, ao contrário da ADIn por omissão, o mandado de injunção possui o objetivo de concretização do direito omissivo pela autoridade judicial – pelo menos após o julgamento do MI 721-7/DF. Assim, esta ação objetiva combater a demora do Poder Público na efetivação dos direitos fundamentais

influência decisiva da Constituição de Portugal, prevista no seu art. 283. O texto nacional baseou-se no de Portugal ao prever a determinação de ciência da omissão ao Poder competente para adoção das providências necessárias “para tornar efetiva norma constitucional”, conforme a disposição do § 2º do art. 103 da Constituição brasileira, e “para tornar exequíveis as normas constitucionais”, segundo o art. 283 da Constituição portuguesa. No entanto, o diploma constitucional pátrio foi mais além ao acrescentar a ciência dos órgãos administrativos no prazo de trinta dias.⁷⁴

Acerca da ADIn por omissão, Paulo Bonavides destaca que a demora do Poder Legislativo em regulamentar normas constitucionais invalidou determinados avanços básicos do Estado social pátrio.⁷⁵ Já Luiz Guilherme Marinoni destaca que a omissão inconstitucional não se resume tão somente à hipótese que o texto constitucional determina um dever de legislar ao Legislativo, mas, também, àqueles casos em que a omissão do legislador nega aplicação concreta a um direito fundamental.⁷⁶

A Constituição inovou e previu ainda a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), de caráter subsidiário, para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Ademais disso, para esgotar todas as possibilidades de controle abstrato de constitucionalidade, o legislador infraconstitucional previu na Lei nº 9.882/1999 – a lei que dispõe sobre o processamento e julgamento da ADPF – que esta ação abstrata consiste, outrossim, na via cabível para sanar controvérsia judicial de atos federais, estaduais e

relacionados às liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, para que ocorra o exercício concreto de tais direitos pelo cidadão. Nesse contexto, Elival Ramos ressalta que “no constitucionalismo brasileiro pós-88, o princípio da força normativa se encarnou em dois institutos desenhados para dar consequências jurídicas ao dever estatal de implementação das normas de eficácia limitada, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção”. O autor defende a eficácia concretista do mandado de injunção, ressaltando que o “oferecimento da disciplina normativa reclamada” parece acertada por pelo menos três motivos: o ajuste ao princípio da força normativa da Constituição, a melhor adequação da sistematização da matéria da omissão inconstitucional e, por fim, a efetivação de direitos fundamentais pendentes de regulamentação, resultando na aplicação do art. 5º, §1º, da Constituição da República. (RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial...** p. 196-97).

⁷⁴ CORRÊA, Oscar Dias. Breves observações sobre a influência da Constituição Portuguesa na Constituição Brasileira de 1988. In: Miranda, Jorge (org.). **Perspectivas Constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976**, vol. I. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 82-83.

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional...** p. 344. O autor, a respeito da ADIn por omissão, assevera ainda que: “em virtude do volume e extensão da matéria programática inserida na Constituição, aquela garantia, formulada para conferir juridicidade e normatividade fática às regras constitucionais respectivas, se acaso malograr, será indubitavelmente em futuro não longínquo um fator desestabilizante da própria ordem constitucional e do Estado social que ela buscou estabelecer e resguardar.” (p. 344-45).

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo...** p. 64-65.

municipais, anteriores ou posteriores à Lei Fundamental. Por conseguinte, tem-se que a via da ADPF é a única possível para realização de controle de constitucionalidade de direito pré-constitucional e de direito municipal em face da Constituição Federal e para sanar controvérsia judicial de atos estaduais, municipais e os anteriores ao ordenamento constitucional, vez que estas hipóteses não são abarcadas pela ADC.⁷⁷ Por conseguinte, apenas nos casos em que as demais ações abstratas não forem cabíveis é que será possível falar em ADPF. A possibilidade de discussão da inconstitucionalidade de legislação municipal, por exemplo – antes do advento da ADPF somente possível através da representação de inconstitucionalidade nos Tribunais de Justiça em face das Constituições estaduais –, passou a ter na ADPF o instrumento adequado para tanto, agora perante o Supremo Tribunal Federal.

Jorge Miranda, comentando o controle de constitucionalidade brasileiro, salienta que a ADPF pode ser um meio de defesa dos direitos fundamentais, quando inviáveis os outros instrumentos destinados à assegurá-los, e próximo da *Verfassungsbeschwerde* alemã.⁷⁸ Uadi Lâmmego Bulos também ressalta que a ADPF lembra o recurso constitucional alemão, ressaltando que tal instrumento funciona como um instrumento de queixa jurisdicional ante a Suprema Corte Alemã, objetivando a proteção de direitos fundamentais e de determinadas situações subjetivas ofendidas por um ato do Poder Público.⁷⁹ Contudo, apesar desta inspiração inicial do recurso constitucional alemão, denota-se que restou pouca identidade entre a ADPF e o aludido recurso tedesco.⁸⁰

Por fim, a Emenda Constitucional nº 03/93 introduziu a denominada ação declaratória de constitucionalidade (ADC) no ordenamento jurídico brasileiro, com a finalidade de afastar a insegurança jurídica ou estado de incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal, pressupondo a existência de controvérsia a respeito

⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional...** p. 1268.

⁷⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional...** p. 128.

⁷⁹ BULOS, Uadi Lâmmego. **Curso de Direito Constitucional...** p. 235. Nesse contexto, acerca do recurso constitucional alemão, o autor profere as seguintes palavras: “só que os objetivos do recurso constitucional tedesco (*Verfassungsbeschwerde*) são diversos daqueles colimados pela nossa *arguição*. O *Verfassungsbeschwerde*, em alguns casos, serve para impugnar decisões judiciais, postando-se, inclusive, como instrumento de tutela das liberdades, a exemplo do nosso mandado de segurança, embora não se restrinja a tutelar direitos líquidos e certos. Sem embargo, a legitimidade do recurso dos alemães é mais ampla. A lei que o regulamenta, de 17 de abril de 1951, por exemplo, permite a qualquer pessoa recorrer junto à Corte alemã para defender direitos fundamentais, algo vedado no Brasil”. (p. 235).

⁸⁰ PADILHA, Rodrigo Corrêa. **Direito Constitucional...** p. 180.

da constitucionalidade da lei. Tal controvérsia é verificada a partir da existência de diversos casos onde a inconstitucionalidade da lei é suscitada, nos termos do art. 14, III, da Lei nº 9.868/1999, o diploma legal que regulou o procedimento da ADIn e da ADC.⁸¹

Celso Bastos, ao comentar sobre a referida ação em 1994, logo após entrada em vigor da EC nº 03/93 no ordenamento jurídico brasileiro, alerta para a inconstitucionalidade da ADC se for tratar da sua aplicação sem a observância de princípios como o do contraditório e da ampla defesa. O autor preocupa-se com a ofensa aos citados princípios, na medida em que processos subjetivos em curso poderiam sofrer alteração em seu julgamento diante da declaração de constitucionalidade (concentrada) do ato normativo controverso. Ainda, Celso Bastos também se preocupa com a inexistência de um sujeito passivo identificável na ADC, como argumento pela sua inconstitucionalidade.⁸²

No entanto, convém lembrar que ao tempo destas críticas, a ADC ainda não havia sido regulamentada pela legislação ordinária, o que só veio acontecer em 1999, tendo inclusive o autor ressaltado que a nova ação possuía o caráter de norma não auto-executável.⁸³ Com a regulamentação da ADC em 1999 foram instituídos instrumentos capazes de possibilitar a inclusão de outros indivíduos em seu processo, como o *amicus curiae* e a possibilidade de realização de audiência pública, expressa no § 1º do art. 20, da Lei nº 9.868/1999.

José Afonso da Silva também alerta para a possibilidade de aplicação inconstitucional da ADC. Nesse particular, o autor salienta que se houver decisão de rejeição do pedido, não haverá inconstitucionalidade. Por outro lado, ocorrendo decisão de acolhimento do pedido, José Afonso defende a inconstitucionalidade

⁸¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo...** p. 56-58.

⁸² BASTOS, Celso. **Ação declaratória de constitucionalidade**. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. (Coord.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 35-36. Celso Bastos ensina que “a inversão feita, na medida em que se coloca como pedido inicial a declaração de constitucionalidade, ao invés da inconstitucionalidade, traz a consequência de propiciar, se não forem tomadas as medidas cautelares necessárias, um julgamento precipitado e fora das condições próprias em que se dá a atividade jurisdicional, sempre respeitosa dos princípios do contraditório e da ampla defesa.” (p. 36). O autor prossegue criticando a ADC: “é lamentável que, sob o guante de interesses governamentais miúdos, consistentes em ver eliminadas discussões legitimamente travadas em torno de leis sabidamente mal elaboradas e inconstitucionais, o que tem sido uma tônica de nossa frágil e instável República, quer-se agora cercar a justa e profícua discussão da constitucionalidade da lei que travava no nosso Judiciário pelos modelos clássicos até então consagrados. A inovação de que tratamos em nada engrandece quem a editou e aqueles que estão a ela subordinados, quer como súditos deste Estado, quer como agentes do Poder Judiciário”. (p. 38).

⁸³ BASTOS, Celso. **Ação declaratória de constitucionalidade...** p. 37.

caso a ADC consista em um instrumento de decisão definitiva e perpétua, paralisando os processos concretos sem observar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.⁸⁴ Já Gilmar Mendes defende que a referida ação não inova no ordenamento jurídico pátrio, vez que a antiga representação de inconstitucionalidade já possuía natureza dúplice ou caráter ambivalente, sendo, portanto, desnecessária a sua regulamentação.⁸⁵

Até o advento da EC nº 45/2004, o rol de legitimados para proposição da ADC era mais restrito do que o da ADIn.⁸⁶ A referida emenda revogou o § 4º do art. 103 da Constituição Federal e decidiu por incluir a ADC no *caput* do aludido artigo, estabelecendo, portanto, que a partir de então podem propor a ação as mesmas pessoas legitimadas para proposição da ADIn. Observe-se, ademais, que não cabe intervenção do Advogado-Geral da União no processo da ADC, como ocorre no rito processual da ADIn, porquanto a sua intervenção só tem cabimento nas ações que objetivam declarar a inconstitucionalidade do ato normativo, vez que o Advogado-Geral da União, nos termos do art. 103, § 3º da Constituição, possui a função estrita de defender a lei que recebe a pecha de inconstitucional nas ações diretas de inconstitucionalidade.⁸⁷

Gilmar Mendes considera a ADC como uma ADIn de sinal trocado, conforme interpretação do disposto no art. 26 da Lei nº 9.868/1999, destacando-se o caráter dúplice ou ambivalente das referidas ações.⁸⁸ Nesse sentido, a improcedência de uma ADIn gera a mesma consequência que a procedência de uma ADC, qual seja, a declaração de constitucionalidade do ato normativo, e vice-versa. Tanto a decisão que decreta a inconstitucionalidade quanto a decisão que declara a constitucionalidade operam efeitos *erga omnes*. Gustavo Zagrebelsky, todavia,

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo...** p. 56-57.

⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional...** p. 1256. Nesse sentido, Gilmar Mendes ensina que: “a ADC não parece representar um *novum* no modelo brasileiro de controle de constitucionalidade. Em verdade, o dispositivo não inova. (...) Entendida a *representação de inconstitucionalidade* como instituto de *conteúdo dúplice* ou de *caráter ambivalente*, mediante o qual o Procurador-Geral da República tanto poderia postular a declaração de inconstitucionalidade da norma como defender a sua constitucionalidade, afigurar-se-ia legítimo sustentar, com maior ênfase e razoabilidade, a tese relativa à obrigatoriedade de o Procurador-Geral submeter a questão constitucional ao STF quando isso lhe fosse solicitado. Essa análise demonstra claramente que, a despeito da utilização da expressão *representação de inconstitucionalidade*, o controle abstrato de normas foi concebido e desenvolvido como processo de *natureza dúplice* ou *ambivalente*”. (p. 1256-57).

⁸⁶ Conforme o art. 13 da Lei nº 9.868/1999, apenas o Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa do Senado Federal e o Procurador-Geral da República eram legitimados para a proposição da ADC.

⁸⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo...** p. 59-60.

⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **O controle da constitucionalidade no Brasil...** p. 7.

defende que a decisão de rejeição do Tribunal constitucional possui uma eficácia mais limitada, não comparável à do juízo que concede sentença de jurisdição comum.⁸⁹ No mesmo sentido, Elival Ramos – ao salientar que o entendimento de que a declaração de improcedência da ADIn possui efeitos equivalentes ao da procedência da ADC não se encontra pacificado na doutrina pátria – defende que a decisão de improcedência da ADIn não gera efeitos *erga omnes* sendo, portanto, diversos dos efeitos vinculantes de procedência em sede de ADC.⁹⁰

Além do aumento do número de ações abstratas de inconstitucionalidade, a Constituição de 1988 ampliou o rol de legitimados ativos para sua proposição.⁹¹ Assim, se antes apenas o Procurador-Geral da República poderia suscitar a inconstitucionalidade dos atos normativos perante o Supremo Tribunal Federal, com o advento do novo diploma constitucional passou a se admitir a competência de novos legitimados: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Luiz Guilherme Marinoni destaca que a possibilidade de defesa do ordenamento jurídico é proporcional à abertura da legitimidade para instauração das ações abstratas de constitucionalidade, ressaltando que a restrição aos legitimados gera não somente uma diminuição de participação, mas também uma diminuição de oportunidades para a Supremo Tribunal Federal eliminar do sistema jurídico as normas inconstitucionais.⁹² Na mesma toada, Clèmerson Clève destaca que a ampliação do leque de legitimados para proposição das ações abstratas consiste em uma garantia para defesa dos direitos das minorias.⁹³

⁸⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **La giustizia costituzionale**. s.l.: Il Mulino, 1988. p. 185.

⁹⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial...** p. 213. O autor ressalta que a técnica da interpretação conforme a Constituição, igualmente, não produz efeitos vinculantes, porquanto trata-se de técnica com a finalidade de compor decisão de procedência de ADC.

⁹¹ Lembre-se que até o advento da EC nº 45/2004, o rol de legitimados para proposição da ADIn não era correspondente com o da ADC.

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 906.

⁹³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Artigo 103, caput e parágrafo primeiro ADI e ADC...** p. 6. O autor ressalta, todavia, que as ações abstratas não são encaradas como *actio popularis*, pois o controle difuso supre tal lacuna.

Ademais, o processo de concentração aumentou ainda mais com a EC nº 45, que instituiu as figuras da súmula vinculante e da repercussão geral, esta que traz nova normatividade para o recurso extraordinário.

A finalidade da repercussão geral é clara: limitar a atuação do Supremo Tribunal Federal a questões constitucionais que extrapolem os interesses subjetivos das partes, ante o grande número de processos a que a Corte estava sendo submetida.⁹⁴ A propósito, a figura da repercussão geral torna, praticamente, incompatível a restrição dos efeitos *inter partes* no controle difuso de constitucionalidade através de recurso extraordinário, tendo em vista que a repercussão geral influenciará, de forma inegável, todas as causas com conteúdo similar, evidenciando a ampliação dos poderes do Supremo Tribunal Federal.⁹⁵ Nesse jaez, Gilmar Mendes ressalta que o instituto da repercussão geral provavelmente maximizará o aspecto objetivo do recurso extraordinário.⁹⁶

Já a súmula vinculante enfraquece demasiadamente o art. 52, X, da Constituição – e, por conseguinte, aniquila o controle abstrato – tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal possui agora a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade, com efeitos *erga omnes*, sem precisar da suspensão do ato normativo pelo Senado Federal.⁹⁷ Este é o posicionamento de Gilmar Mendes que, conforme já foi visto, defende que o mencionado dispositivo sofreu mutação constitucional: “não resta dúvida de que a adoção de súmula vinculante em situação que envolva a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo enfraquecerá ainda mais o já debilitado instituto da suspensão pelo Senado”.⁹⁸ Por seu turno, Elival Ramos preocupa-se com o fato de que a súmula vinculante esteja se tornando elemento impulsionador do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, aproximando-se de forma excessiva da atividade legiferante, ainda que

⁹⁴ SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 195.

⁹⁵ Acerca da figura da repercussão geral introduzida no ordenamento jurídico brasileiro através da EC 45, Rodrigo Padilha destaca que: “outro exemplo de abstrativização de casos concretos é a análise da repercussão geral em recurso extraordinário (art. 102, § 3º, da CR, c/c o art. 543-B, §§ 2º e 3º, do CPC), em que o processo individual influenciará todas as causas similares.” (PADILHA, Rodrigo Corrêa. **Direito Constitucional**... p. 125).

⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**... p. 1154.

⁹⁷ PADILHA, Rodrigo Corrêa. **Direito Constitucional**... p. 143.

⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**... p. 1208.

contemplada a nível constitucional através da Emenda Constitucional nº 45 de 2004.⁹⁹

Para Clèmerson Merlin Clève, “tais inovações demonstram a verticalização dos órgãos jurisdicionais no exercício da jurisdição constitucional, caracterizando o sistema brasileiro pela tendencial concentração.”¹⁰⁰ Marcelo Lamy, por seu turno, aduz que a nova ordem constitucional pátria marca o avanço do controle concentrado, destacando que o controle difuso foi posto de lado pela doutrina atual.¹⁰¹ Clève ressalta que o incremento do controle concentrado de constitucionalidade pode significar a “compressão do controle difuso incidental”.¹⁰²

A abstrativização do controle difuso é facilmente constatada com o fenômeno da transcendência dos motivos determinantes (*ratio decidendi*), na qual os efeitos da decisão proferida *incidenter tantum* podem ultrapassar os contornos do caso concreto e operar *erga omnes*, alcançando sujeitos que nem tinham conhecimento da demanda. Nesse caso, são os fundamentos utilizados na decisão que foram determinantes para o resultado (*ratio decidendi*) que produzem efeitos *erga omnes*, e não o dispositivo da decisão. É justamente o que ocorreu no Recurso Extraordinário nº 197.917 e no Mandado de Injunção nº 670.¹⁰³ Além da tese da inocorrência de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição, o usual fundamento contrário ao instituto da transcendência dos motivos determinantes, salienta que, caso o STF queira conceder eficácia *erga omnes* em sede de recurso extraordinário, basta editar uma súmula vinculante sobre o assunto. Por isso é que Rodrigo Padilha salienta que a edição de súmula vinculante e a manifestação expressa de alguns ministros do STF em determinados julgados tendem a afastar a aplicação do instituto no controle difuso de constitucionalidade.¹⁰⁴ Todavia, Luiz

⁹⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**... p. 300.

¹⁰⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Artigo 103, caput e parágrafo primeiro ADI e ADC**... p. 3.

¹⁰¹ LAMY, Marcelo. Sistema brasileiro de controle de constitucionalidade... p. 29.

¹⁰² CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Artigo 103, caput e parágrafo primeiro ADI e ADC**... p. 3.

¹⁰³ A respeito do instituto da transcendência dos motivos determinantes, Rodrigo Padilha cita relevante passagem de Reclamação julgada pelo STF: “Cabe registrar, neste ponto, por relevante, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame final da Rcl. 1.987/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, expressamente admitiu a possibilidade de reconhecer-se, em nosso sistema jurídico, a existência do fenômeno da ‘transcendência dos motivos que embasaram a decisão’ proferida por esta Corte, em processo de fiscalização normativa abstrata, em ordem a proclamar que o efeito vinculante refere-se, também, à própria *ratio decidendi*, projetando-se, em consequência, para além da parte dispositiva do julgamento, *in abstracto*, de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade” (Rcl 4.999-MC/RN, rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.03.2007). (PADILHA, Rodrigo Corrêa. **Direito Constitucional**... p. 144). Todavia, em sede de controle difuso de constitucionalidade a questão não é unânime e vem sendo discutida pelo STF no âmbito da Rcl. 4.335/AC.

¹⁰⁴ PADILHA, Rodrigo Corrêa. **Direito Constitucional**... p. 145-146.

Guilherme Marinoni destaca a diferença existente entre a edição de súmula vinculante e a eficácia vinculante da *ratio decidendi* dos recursos extraordinários, ressaltando que quando a *ratio decidendi* for evidente, o efeito vinculante decorre sem que seja necessário a edição de súmula vinculante. De outra banda, sendo a *ratio decidendi* obscura, aparece a necessidade de edição da súmula vinculante para definição da decisão que terá efeito vinculante.¹⁰⁵

Para Clèmerson Clève, o crescimento do controle abstrato a partir da Constituição de 1988, com a ampliação do número de ações e legitimados, determinou o significativo aumento no número de processos no Supremo Tribunal Federal. O autor destaca, assim, que o requisito da pertinência temática foi um dos instrumentos encontrados para se restringir o elevado número de ações abstratas perante a Suprema Corte nacional. Tal requisito foi exigido no começo apenas das entidades de classe de âmbito nacional, sendo, depois, também aplicado às confederações sindicais, aos partidos políticos, aos Governadores de Estado ou do Distrito Federal e à Mesa de Assembleia Legislativa do Estado ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal.¹⁰⁶

A abstrativização do controle difuso será estudada no próximo capítulo deste estudo, com a análise da ocorrência de efeitos vinculantes e *erga omnes* em sede de controle difuso de constitucionalidade, ou seja, através da via do recurso extraordinário.

¹⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo...** p. 60-61. Em defesa da transcendência dos motivos determinantes no controle difuso de constitucionalidade, Marinoni salienta que: “considerando-se a orientação que admite que a decisão tomada em sede de recurso extraordinário tem efeito vinculante, poderia parecer restar sem sentido falar em ‘súmula vinculante’. Haveria a falsa suposição de que, tendo a decisão do recurso extraordinário efeito vinculante, não haveria necessidade de súmula vinculante. A verdade é que o núcleo essencial ou a *ratio decidendi* das decisões proferidas em recursos extraordinários podem ser facilmente extraíveis de seus acórdãos. Nestes casos, não havendo dificuldade para delinear a *ratio decidendi*, tem a decisão efeito vinculante. Quando, ao contrário, embora o Supremo tenha decidido várias vezes acerca da questão constitucional, a *ratio decidendi* ou o núcleo essencial da decisão permanece indecifrável e obscuro, é que surge a necessidade da súmula vinculante. Ou seja, quando a *ratio decidendi* for clara, o efeito vinculante daí decorre sem que seja preciso editar súmula vinculante; na outra hipótese, sendo a *ratio decidendi* complexa e obscura, aparece a imprescindibilidade da súmula para definir os contornos exatos e precisos da figura que terá efeito vinculante”. (p. 60-61).

¹⁰⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Artigo 103, caput e parágrafo primeiro ADI e ADC...** p. 7.

2.2 TÉCNICAS DE DECISÃO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Conforme foi exposto na primeira parte deste estudo, o direito brasileiro adotou a teoria da nulidade total da norma inconstitucional, na qual a declaração de inconstitucionalidade opera efeitos *ex tunc*.

Todavia, ao lado do modo usual de controle de constitucionalidade (declaração de nulidade total da norma), desenvolveram-se recentemente outras técnicas de decisão de decisão de controle, aplicadas frequentemente pelo Supremo Tribunal Federal, nas quais ocorre a declaração parcial de inconstitucionalidade: a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de nulidade sem redução de texto. Estas técnicas de decisão são aplicadas no contexto de normas ditas polissêmicas, ou seja, normas que admitem diversas interpretações do julgador.¹⁰⁷

A primeira técnica de decisão, a interpretação conforme a Constituição, consiste naqueles casos em que o intérprete do ordenamento jurídico decide que uma dentre as diversas interpretações possíveis da norma é constitucional, deixando, portanto, de declarar a inconstitucionalidade do ato normativo. Assim, a lei não é declarada inconstitucional, salvando-se a sua constitucionalidade através de uma de suas interpretações, enquanto todas as demais são afastadas em razão da incompatibilidade com a Lei Fundamental.

André Ramos Tavares salienta que pela técnica de decisão da interpretação conforme, a supremacia do ordenamento constitucional é enfatizada, mas, ao revés, a legitimidade e a origem das leis são reconhecidas, de modo que a sua anulação só aconteça quando tratar-se da única solução possível. Dessa forma, a técnica encontra limites, derivados da literalidade do ato normativo expedido pelo Legislativo e da vontade objetiva do legislador infraconstitucional quando da aprovação da lei.¹⁰⁸

Paulo Bonavides destaca a interpretação conforme a Constituição como um dos métodos mais eficazes na solução de conflitos, ressaltando que esta técnica de decisão atenua o risco da utilização desmedida do princípio da proporcionalidade

¹⁰⁷ PADILHA, Rodrigo Corrêa. **Direito Constitucional**... p. 121.

¹⁰⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 263-265.

que pode acabar resultando na ampliação dos poderes do juiz em detrimento da competência atribuída constitucionalmente ao legislador.¹⁰⁹

A nulidade sem redução de texto, por seu turno, consiste nas hipóteses em que o intérprete da Constituição decide que uma dentre as diversas interpretações possíveis é inconstitucional. Nessa hipótese, a lei também não é declarada inconstitucional, mas, ao contrário da interpretação conforme, na nulidade sem redução de texto declara-se a inconstitucionalidade de apenas uma interpretação, enquanto todas as demais são constitucionais.

Para Rodrigo Padilha, a diferença entre as duas técnicas de decisão é a de que, enquanto na interpretação conforme ocorre a declaração de inconstitucionalidade das demais hipóteses de interpretação que não aquela declarada conforme a Constituição, na nulidade sem redução de texto não se tem a declaração da inconstitucionalidade das demais hipóteses de interpretação, mas somente de uma em específico.¹¹⁰ Nesse sentido, o autor destaca que se opõe à tese que defende a desnecessidade de obediência da interpretação conforme à cláusula da reserva de plenário. Padilha destaca o texto da súmula vinculante nº 10, que dispõe que *“viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta a sua incidência, no todo ou em parte”*. Assim, o autor ressalta que a técnica da interpretação conforme declara a constitucionalidade da norma em determinada

¹⁰⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional...** p. 426. O autor ressalta que: “esse risco se atenua bastante quando o princípio da proporcionalidade, como via interpretativa, entra em conexão com a chamada ‘interpretação conforme a Constituição’, de largo uso jurisprudencial nos arestos da Corte Constitucional de Karlsruhe, na Alemanha (...)”. (p. 426). Nesse contexto, Bonavides destaca, ainda, um trecho do Tribunal Constitucional da República Federativa alemã: “se a norma contrariar um princípio, seja qual for a interpretação possível, considerar-se-á inconstitucional. Mas se a norma admitir várias interpretações, que em parte conduzem a uma conclusão de inconstitucionalidade, e por outra parte se compatibilizam com a Constituição, é a norma *constitucional*, e como tal se aplicará de acordo com a Constituição”. BVerfGE 19, p. 1 (5). (p. 427).

¹¹⁰ PADILHA, Rodrigo Corrêa. **Direito Constitucional...** p. 121. Luiz Guilherme Marinoni, a respeito da diferença entre estas técnicas de decisão, ressalta que em ambas hipóteses não ocorre a declaração de nulidade do ato normativo. Destaca que: “a norma continua válida em ambos os casos. O que as diferencia, como já dito, é a circunstância de que a interpretação conforme exclui a interpretação proposta e impõe outra, conforme à Constituição, enquanto a declaração parcial de nulidade revela a ilegitimidade da aplicação da norma na situação proposta, ressaltando a sua aplicabilidade em outras. Mais claramente, a distinção está em que em um caso discute-se o âmbito de interpretação e, no outro, o âmbito de aplicação. No primeiro exclui-se a possibilidade de interpretação, fixando-se a interpretação conforme com a Constituição. No segundo sequer se discute acerca da interpretação da norma. A questão diz respeito ao âmbito de sua aplicação. Nega-se a aplicação da norma no local proposta na ação de inconstitucionalidade, ressaltando-a para outros”. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional...** p. 1059).

situação, no entanto, nega e afasta outras hipóteses de interpretação da norma, adequando-se, por conseguinte, ao texto da referida súmula vinculante.¹¹¹ O STF, todavia, entende que a técnica da interpretação conforme não está submetida à cláusula de reserva de plenário, tendo externado este entendimento em julgados como o Agravo de Instrumento nº 850620/ RS, Reclamação nº 13116/RS e Reclamação nº 15478/RS.

Por seu turno, André Ramos Tavares aduz que na interpretação conforme o STF reduz o âmbito possível de aplicação da lei, declarando a constitucionalidade de determinada interpretação. Na nulidade sem redução de texto, por outro lado, o autor defende que existe efetivamente determinada parcela do ato normativo que é inconstitucional e nulo. Com efeito, Tavares defende que na técnica da interpretação conforme, o STF “não declara que todas as demais interpretações são inconstitucionais”, ressaltando que neste caso não há necessidade dos tribunais obedecerem o art. 97 da Constituição.¹¹²

Tem-se, a partir dessas técnicas de decisão, que o Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, poderá julgar o pedido de forma parcialmente procedente para: i) declarar a inconstitucionalidade de apenas algumas interpretações (nulidade sem redução de texto), ou, ainda, ii) para declarar a constitucionalidade de uma única e possível interpretação do ato normativo (interpretação conforme). Nos dois casos o acórdão deverá ser específico e destacar quais interpretações do ato normativo impugnado são constitucionais.¹¹³

De modo contrário, André Ramos Tavares ressalta que no caso da declaração de nulidade sem redução de texto o caso é de procedência parcial da ação direta de inconstitucionalidade; na interpretação conforme a Constituição, por outro lado, o resultado seria de improcedência.¹¹⁴ Trata-se do mesmo posicionamento adotado por Elival da Silva Ramos, o qual destaca que a interpretação conforme corresponde às decisões interpretativas de rejeição, enquanto a nulidade sem redução de texto corresponde às decisões interpretativas

¹¹¹ PADILHA, Rodrigo Corrêa. **Direito Constitucional...** p. 121.

¹¹² TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional...** p. 264-266.

¹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo...** p. 62.

¹¹⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional...** p. 267.

de acolhimento. O referido autor salienta que tais técnicas consistem nas espécies das chamadas sentenças interpretativas.¹¹⁵

Outra técnica de decisão de controle de constitucionalidade consiste na norma em trânsito para a inconstitucionalidade. Nesses casos, a norma questionada demonstra-se ser constitucional, entretanto, em razão da evolução da realidade fática, se tornará inconstitucional no futuro. Nesse contexto, a respeito desta técnica, Marinoni salienta que “os fatos ainda caracterizam a norma como constitucional, embora esteja ela em trânsito para a inconstitucionalidade”.¹¹⁶

Como exemplo desta técnica tem-se o caso das “Defensorias Públicas”, através do Habeas Corpus nº 70.514, no qual foi reconhecida a inconstitucionalidade do art. 1º, § 5º, da Lei nº 1.060/1950, no tocante em que é estabelecido prazo em dobro às Defensorias, ao menos até que a sua organização nos Estados consiga alcançar o nível de organização do respectivo Ministério Público. Dessa forma, a referida lei “ainda é constitucional”, mas está em trânsito para inconstitucionalidade. Será inconstitucional, em sua plenitude, quando alcançar um nível de organização parecido com o do respectivo Ministério Público, a parte contrária no processo da ação penal pública.¹¹⁷

¹¹⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial...** p. 211-12. A respeito da interpretação conforme a Constituição como espécie do gênero sentenças interpretativas, Elival Ramos destaca o limite desta técnica, sob pena da Corte apresentar características próprias do ativismo judicial: a “textualidade do dispositivo preservado”. “Se a alternativa exegética pressuposta pela decisão de improcedência desfigura por completo o dispositivo que se pretende salvar, impõe-se a conversão do decisório em decreto de invalidação”. (p. 214).

¹¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional...** p. 1053.

¹¹⁷ “Direito Constitucional e Processual Penal. Defensores Públicos: prazo em dobro para interposição de recursos (§ 5 do art. 1 da Lei n. 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n. 7.871, de 08.11.1989). Constitucionalidade. “Habeas Corpus”. Nulidades. Intimação pessoal dos Defensores Públicos e prazo em dobro para interposição de recursos. 1. Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5 do art. 1 da Lei n. 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n. 7.871, de 08.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública. 2. Deve ser anulado, pelo Supremo Tribunal Federal, acórdão de Tribunal que não conhece de apelação interposta por Defensor Público, por considerá-la intempestiva, sem levar em conta o prazo em dobro para recurso, de que trata o § 5 do art. 1 da Lei n. 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n. 7.871, de 08.11.1989. 3. A anulação também se justifica, se, apesar do disposto no mesmo parágrafo, o julgamento do recurso se realiza, sem intimação pessoal do Defensor Público e resulta desfavorável ao réu, seja, quanto a sua própria apelação, seja quanto à interposta pelo Ministério Público. 4. A anulação deve beneficiar também o co-réu, defendido pelo mesmo Defensor Público, ainda que não tenha apelado, se o julgamento do recurso interposto pelo Ministério Público, realizado nas referidas circunstâncias, lhe é igualmente desfavorável. “Habeas Corpus” deferido para tais fins, devendo o novo julgamento se realizar com prévia intimação pessoal do Defensor Público, afastada a questão da tempestividade da apelação do réu, interposto dentro do prazo em dobro. HC 70514, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/1994, DJ 27-06-1997 PP-30225 EMENT VOL-01875-03 PP-00450.”

Outro exemplo dessa técnica pode ser observado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 135.328/SP, no qual se discutia a recepção do art. 68 do Código de Processo Penal, dispositivo que ressalta que a execução da sentença condenatória ou a ação civil pública, nos casos de insuficiência de recursos, será promovida pelo Ministério Público. Ora, como é cediço, a competência para assistência dos portadores de necessidades econômicas é da Defensoria Pública, conforme o art. 5º, LXXIV c/ art. 134, *caput*, da Constituição. No entanto, alguns Estados ainda não possuem a estruturação da Defensoria Pública e, sendo assim, os cidadãos não podem ser prejudicados por uma inércia do Poder Legislativo. Desse modo, o STF decidiu que a norma, nesses casos, “ainda é constitucional”, mas deixará de ser quando todas as Defensorias Públicas forem devidamente instaladas.¹¹⁸ Assim, como pode ser percebido, na técnica de decisão da norma em trânsito para a inconstitucionalidade, o ato normativo não é inconstitucional no momento da decisão, todavia, tornar-se-á inconstitucional no futuro. Portanto, ao contrário da hipótese de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, na técnica da norma em trânsito para a inconstitucionalidade não se pretende manter a aplicação de uma norma tida como inconstitucional.¹¹⁹

Aliás, o Supremo Tribunal Federal tem se valido também dessa técnica, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Luiz Guilherme Marinoni ressalta que a técnica procura, por óbvio, ressaltar os efeitos da norma

¹¹⁸ “LEGITIMIDADE - AÇÃO “EX DELICTO” - MINISTÉRIO PÚBLICO - DEFENSORIA PÚBLICA - ARTIGO 68 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CARTA DA REPÚBLICA DE 1988. A teor do disposto no artigo 134 da Constituição Federal, cabe à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV, da Carta, estando restrita a atuação do Ministério Público, no campo dos interesses sociais e individuais, àqueles indisponíveis (parte final do artigo 127 da Constituição Federal). INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA - VIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE - ASSISTÊNCIA JURÍDICA E JUDICIÁRIA DOS NECESSITADOS - SUBSISTÊNCIA TEMPORÁRIA DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto não criada por lei, organizada - e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação - a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista. Irrelevância de a assistência vir sendo prestada por órgão da Procuradoria Geral do Estado, em face de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles que não possam demandar, contratando diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento. RE 135328, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/1994, DJ 20-04-2001 PP-00137 EMENT VOL-02027-06 PP-01164 RTJ VOL-00177-02 PP-00879.”

¹¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional...** p. 1054.

impugnada, apesar de sua inconstitucionalidade.¹²⁰ Assim, a norma é declarada inconstitucional, mas não é declarada nula, pois os efeitos produzidos na realidade fática devem ser considerados e preservados na decisão.

Esta técnica de decisão pode ser observada na ADIn que impugnou a lei que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães.¹²¹ Nesse caso, o STF declarou a inconstitucionalidade da lei sem a pronúncia de sua nulidade, mantendo-se a vigência pelo prazo de vinte e quatro meses, período no qual o legislador infraconstitucional poderia reapreciar o tema, tendo como fulcro as condições que deveriam ser estabelecidas na lei complementar federal, de acordo com decisão do STF na ADIn 3.682. Este caso demonstra bem o problema da compatibilização entre

¹²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional...** p. 1051.

¹²¹ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.619/00, DO ESTADO DA BAHIA, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO. 1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia. ADI 2240, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02283-02 PP-00279”.

a declaração da inconstitucionalidade e a produção de efeitos, porquanto a lei é julgada inconstitucional, entretanto, ela não é declarada nula. Isso ocorre quando se torna indispensável salvaguardar situações já formadas, ou, ainda, quando se procura evitar o reaparecimento do direito antigo ou o surgimento de um vácuo legislativo no ordenamento jurídico. Com efeito, tem-se que a técnica de decisão da pronúncia de inconstitucionalidade sem a declaração de nulidade do ato normativo é destinada à preservação dos efeitos de determinada norma que é reconhecida e tida como inconstitucional.¹²²

Mas a técnica de decisão mais polêmica consiste na manipulação dos efeitos temporais, especialmente após o advento do art. 27 da Lei nº 9.868/1999. Do mesmo modo que a técnica da pronúncia de inconstitucionalidade sem a declaração de nulidade, a manipulação dos efeitos no tempo também possui como objetivo a preservação dos efeitos de uma norma declarada inconstitucional. Só que, ao contrário daquela técnica que procura preservar a manutenção dos efeitos da norma inconstitucional até que o legislador manifeste-se sobre a situação inconstitucional, a manipulação dos efeitos temporais pretende preservar efeitos já consolidados, do passado – através de efeitos *ex nunc* –, ou, ainda, decidir que ela só tenha eficácia a partir de algum momento que venha a ser fixado pelo STF, através de efeitos *pro futuro*. Esta técnica foi aplicada no já citado Recurso Extraordinário nº 197.917, do Município paulista de Mira Estrela, que terá atenção especial no último capítulo deste estudo.

Como pode ser observado, há muita similitude entre os conceitos das técnicas de decisão da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e da modulação dos efeitos temporais. André Ramos Tavares, no tópico destinado à declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, por exemplo, faz menção ao Tribunal Constitucional espanhol que, em 1989, adotou a declaração de inconstitucionalidade *pro futuro*.¹²³ Por um lado, na modulação dos efeitos temporais, o STF pode adotar efeitos *pro futuro* na decisão de inconstitucionalidade, determinando que ela só produza efeitos a partir de determinada data futura. Já na técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, o STF mantém a vigência da norma inconstitucional,

¹²² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional...** p. 1051-52.

¹²³ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional...** p. 260-61.

assegurando um lapso temporal razoável para que o legislador infraconstitucional reaprecie o tema, o que não ocorre naquela técnica.

Conforme visto, recentemente o Supremo Tribunal Federal tem utilizado técnicas de decisão de controle de constitucionalidade que potencializam a sua competência constitucional, como a interpretação conforme a Constituição e a declaração de nulidade sem redução de texto, previstas no parágrafo único do art. 29 da Lei nº 9.868/1999, nas quais não ocorre a pronúncia da inconstitucionalidade do ato normativo. Outrossim, mais polêmicas são as técnicas de decisão da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e a da modulação dos efeitos temporais. Nesse contexto, André Ramos Tavares defende que o surgimento das técnicas de decisão de controle de constitucionalidade tornam incompatível a figura do tribunal constitucional como legislador negativo, conforme a ótica original de Kelsen.¹²⁴ Tais técnicas acendem e colocam em evidência o debate do ativismo judicial que será estudado no capítulo seguinte.

¹²⁴ TAVARES, André Ramos. A inconsistência do Tribunal Constitucional como "legislador negativo" em face de técnicas avançadas de decisão da Justiça Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul./set. 2010. Versão digital. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70670>>. Acesso em: 22 fev. 2013.

CAPÍTULO 3 – O PAPEL POLÍTICO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1 O ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A TESE DA MUTAÇÃO (IN) CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 52, INCISO X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O ativismo judicial relacionado ao exercício da jurisdição constitucional é um tema recorrente na doutrina atual nacional. Isso se dá pela posição que o Supremo Tribunal Federal vem assumindo no contexto das relações institucionais. Oscar Vilhena Vieira aduz que são raros os dias em que as decisões do STF não são colocadas em evidência nos principais jornais brasileiros. Nesse contexto, Vieira diz que esta atual relevância do Poder Judiciário consiste no resultado do avanço dos textos constitucionais rígidos, que possuem sistemas de controle de constitucionalidade.¹²⁵ O autor pontua que: “a constitucionalização de diversos temas, antes à margem de qualquer regulamentação jurídica, ou limitados à legislação ordinária, aumentou as atribuições do Supremo Tribunal Federal”.¹²⁶

Karina Ansolabehere trata do tema do ativismo judicial ao falar da judicialização da política e da politização da justiça. A autora destaca que o fenômeno não é homogêneo e varia de acordo com as características circunstanciais de cada país. Nesse contexto, a partir de análise da jurisprudência da Argentina e do México, Ansolabehere constata que a Corte suprema da Argentina é mais prudente (“*árbitro prudente*”) do que a mexicana (“*árbitro assumido*”), verificando nesta uma maior intervenção na seara política. A autora destaca que tais particularidades se dão em razão das relações das Cortes com as instâncias inferiores do Poder Judiciário. A relação mais horizontal verificada na Argentina, assim como as condições privilegiadas de desempenho, explicam a prudência da Suprema Corte argentina.¹²⁷ Por outro lado, a relação vertical entre a Suprema

¹²⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-459, 2008. p. 442-443.

¹²⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: RT, 1994. p. 18.

¹²⁷ ANSOLABEHERE, Karina. Jueces, política y derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia. **Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**. N° 22, abril de 2005. p. 39-60. Destaca a autora que: “la existencia de contraprestos internos y la preservación de la situación privilegiada se constituyen en el mecanismo fundamental de preservación de las esferas de

Corte e as instâncias inferiores verificada no México explicam a sua conduta ativista: *“la inexistencia de contrapuntos internos importantes ayuda a que los costos de la ampliación de las fronteras de lo jurídico no sean altos, el involucrarse con la política no supone un problema”*.¹²⁸

Ingeborg Maus, a respeito da atividade jurisprudencial do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, critica a transformação do conceito de Constituição levada a efeito pela Corte de um documento de institucionalização de direitos fundamentais para um verdadeiro texto fundamental, nos moldes da Bíblia e do Corão.¹²⁹ Maus salienta que a ‘competência’ da Corte Alemã não se apoia mais no próprio texto constitucional, mas, por outro lado, ultrapassa os seus horizontes, fundamentando-se em princípios de direito suprapositivos.¹³⁰ Isso ocorre em razão de uma ampla liberdade dos juízes no processo de interpretação da norma ao flexibilizar o direito positivo, “apelando para convenções morais e ‘valores’”.¹³¹ A autora destaca que “as garantias constitucionais escritas são contrapostas deste modo à reserva das idiosincrasias não-escritas dos aparatos econômicos e políticos”.¹³²

Do mesmo modo que Ingeborg Maus, Cass Sunstein também se preocupa com a ampla liberdade concedida aos intérpretes da Constituição, ao propor uma postura minimalista da Suprema Corte através de decisões e resoluções de casos concretos sem o estabelecimento de uma decisão geral (como o controle abstrato de constitucionalidade), afastando-se de posturas perfeccionistas, majoritaristas e

lo jurídico tal y como están. Los costos de transgredirlos son tan altos que es preferible mantener las cosas como están. (p. 59-60).

¹²⁸ ANSOLABEHERE, Jueces, política y derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia... p. 60.

¹²⁹ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisdicional na ‘sociedade órfã’. Tradução: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000 [1989], p. 192. “A transformação da Constituição em uma ‘ordem de valores’ confere às determinações constitucionais individuais (por meio da ‘abertura’ de suas formulações) uma imprecisão tal que é capaz de suprir voluntaristicamente os princípios constitucionais positivados”. (p. 200).

¹³⁰ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade... p. 191.

¹³¹ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade... p. 200.

¹³² MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade... p. 200. A autora ressalta que, em verdade, esta ampla liberdade no processo de interpretação dos juízes esconde a vontade de domínio e a coerção estatal, constituindo-se como um verdadeiro obstáculo para alcançar uma política constitucional libertadora. Maus lembra, nesse contexto, a doutrina nazista, que se apoiava no antipositivismo e no antiformalismo: “na literatura jurídica da era nazista tal crença aparece de modo lapidar: o juiz-rei do povo de Adolf Hitler deve libertar-se da escravidão da literalidade do direito positivo”. (p. 197).

fundamentalistas.¹³³ Ronald Dworkin, por outro lado, defende a atuação da jurisdição constitucional ao ressaltar uma leitura moral da Constituição, postulando que os valores morais e os princípios são indispensáveis ao conceito de direito, mesmo que não encontrem fundamento legal, devendo sempre orientar a atividade jurisdicional.¹³⁴ Maus, em contraposição à Dworkin, destaca a “regressão a valores pré-democráticos” da Justiça ao se utilizar deste “direito superior” imbuído de atributos morais.¹³⁵

Em defesa de um maior ativismo judicial do Supremo, ao lado de Dworkin, Luís Roberto Barroso ressalta que o tema está interligado à maior participação do Poder Judiciário na concretização de valores da Constituição, ocorrendo a interferência mais intensa na seara específica dos poderes políticos. Destaca que a postura ativista do Judiciário pode ocorrer de diversos modos, como a aplicação direta da Constituição a hipóteses não previstas em seu texto, a declaração de inconstitucionalidade das leis através de critérios mais flexíveis do que os usuais e a imposição de ações ou abstenções ao Poder Público, especialmente em matéria de políticas públicas.¹³⁶

Nesse sentido, Barroso destaca que as críticas feitas ao ativismo judicial concentram-se nos riscos para a legitimidade democrática, na indevida politização da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário. Com relação à primeira crítica, aduz que o papel do Poder Judiciário como intérprete maior da Constituição não pode suprimir a democracia fundada no governo da maioria e o

¹³³ SUNSTEIN, Cass R. **Radical in robes: why extreme right-wing courts are wrong for America**. New York: Basic Books, 2005. Eneida Desiree Salgado acredita que a postura minimalista de Sunstein é adequada a um sistema em que vige exclusivamente o controle difuso de constitucionalidade, como o direito estadunidense, vez que no direito brasileiro o controle abstrato permite ao Judiciário o estabelecimento de uma decisão geral e política. (SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da UFPR. Universidade Federal do Paraná, Curitiba. p. 80.

¹³⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 3 e ss.

¹³⁵ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade... p. 187. “Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática”. (p. 187).

¹³⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn)Thesis. (Rio de Janeiro), v. 5, p. 23-32, 2012. p. 6. Nesse contexto, Luís Roberto Barroso realiza distinção entre a judicialização e o ativismo judicial. A respeito da judicialização, destaca que ela consiste em uma circunstância decorrente do modelo adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, e não de um exercício da vontade política. Já o ativismo judicial, ao revés, consiste em uma atitude, em uma escolha de interpretação do texto constitucional, de forma a expandir o seu sentido e alcance. Barroso salienta que o ativismo judicial normalmente se instala em períodos de retração do Poder Legislativo, na qual ocorre um afastamento entre a classe política e a sociedade civil, de forma que as demandas da sociedade sejam impedidas de serem efetivamente alcançadas. (p. 6).

papel do Poder Legislativo.¹³⁷ Todavia, apesar de elencar tais críticas, o autor destaca que o ativismo judicial tem sido parte da solução, e não do problema, salientando que eventual atuação contramajoritária do Supremo se dará a favor, e não contra a democracia. Com efeito, Barroso aduz que o STF deverá acatar as escolhas legítimas feitas pelo Legislativo para que o ativismo não seja exercido em “dose excessiva”, pois “há risco de se morrer na cura”.¹³⁸

No entanto, conceder outro sentido ao dispositivo constitucional que estabelece a competência expressa do Senado no controle difuso de constitucionalidade, e atribuir eficácia *erga omnes* às decisões do STF em sede de recurso extraordinário, definitivamente não parece ser uma conduta prudente do Pretório Excelso e que respeite as escolhas legítimas e democráticas do Parlamento, a, neste caso, do poder constituinte originário.

Sepúlveda Pertence, já aposentado, está entre os ministros do Supremo Tribunal Federal que votaram pela preservação do texto original do art. 52, X, na Reclamação nº 4.335/AC – processo que discute o papel desempenhado pelo Senado Federal no âmbito do controle difuso de constitucionalidade –, ao lado de Joaquim Barbosa, e em divergência aos votos de Gilmar Mendes e Eros Grau, este também já aposentado. Para Pertence, a decisão proferida pelo STF em sede de controle difuso deveria produzir efeitos apenas entre as partes da demanda. O autor destaca que o art. 52, X, regula uma expressa e tradicional competência de um órgão de um outro poder, ressaltando, em suas próprias palavras, que “eu não sei se é velhice, mas eu sei que me pareceu mais heterodoxo do que seria permitido dizer que essa função do Senado é de dar publicidade à decisão do Supremo Tribunal, ainda que no controle na decisão de processos subjetivos”.¹³⁹

Nesse particular, Oscar Vilhena Vieira aduz que essa mutação constitucional “consubstancia-se em novo direito constitucional, na medida em que é avalizada pelo Supremo Tribunal Federal”.¹⁴⁰ O autor sustenta que a referida mutação afetou a

¹³⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática...* p. 10-12. Afinal, “juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capaz de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição”. (p. 12.)

¹³⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática...* p. 19.

¹³⁹ PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. *Controles concentrado e difuso no Direito Constitucional: a eficácia temporal das decisões*. Palestra proferida no âmbito do Programa de Pós-Graduação da FGV DIREITO - RIO, sem revisão pelo autor. **RDA - Revista de Direito Administrativo**. Belo Horizonte, ano 2007, n. 246, set. / dez. 2007.

¹⁴⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia...* p. 456.

relação entre os poderes ao relativizar o dispositivo constitucional que dispõe acerca da competência do Senado Federal.¹⁴¹

Rafael Tomaz de Oliveira critica a tese de que o referido dispositivo sofreu o fenômeno da mutação constitucional. Inicialmente, o autor destaca que existe uma tentativa de “interpretação da Constituição conforme as Leis”, na qual o problema da concretização do texto constitucional supostamente poderia ser auxiliado pelas leis ordinárias. Nesse particular, defende que é perceptível *in casu* a tentativa de uma interpretação da Constituição conforme as leis infraconstitucionais. Ademais, o referido autor destaca que o argumento que recorre à situação das súmulas vinculantes é um caso à parte, ressaltando que o instituto não serve para apoiar a tese da mutação constitucional do art. 52, X, porquanto ele mesmo seria inconstitucional.¹⁴²

Alberto Dalla Via, a respeito da relação entre a justiça e a política, salienta que o problema do ativismo judicial não se encontra no caráter político das matérias que são postas ao Poder Judiciário decidir, mas de matérias que a Constituição especificamente reserva ao exercício de outros poderes. Nesse vértice, o autor destaca que: *“lo que define que una matéria esté fuera de la revisión judicial no es la substancia política de la misma, sino que no se afecte la división de poderes al inmiscuirse en la esfera propia de otro poder”*.¹⁴³ Ora, é cediço que o texto

¹⁴¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia... p. 456. Oscar Vilhena Vieira salienta que: “não se trata, assim, de qualquer mudança constitucional, mas, sim, de uma alteração de dispositivo, a princípio, protegido pelo artigo 60, § 4º, inciso III, da Constituição Federal. Isso, evidentemente, se levamos em consideração os precedentes do Supremo Tribunal Federal ao julgar casos de ofensa às cláusulas pétreas”. (p. 456).

¹⁴² OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O papel do Senado no controle de constitucionalidade. **Revista Consultor Jurídico**, 1º de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-01/diario-classe-papel-senado-controle-constitucionalidade>>. Acesso em: 29 junho 2013. O autor, a respeito da “interpretação da Constituição conforme as Leis”, cita Canotilho que profere as seguintes palavras a respeito do referido instituto: “A interpretação da Constituição conforme às leis tem merecido sérias reticências à doutrina. Começa a partir da ideia de uma constituição entendida não só como espaço normativo aberto mas também como campo neutro em que o legislador iria introduzindo subtilmente alterações. Em segundo lugar, não é a mesma coisa considerar como parâmetro as normas hierarquicamente superiores da constituição ou as leis infraconstitucionais. Em terceiro lugar, não deve afastar-se o perigo de a interpretação da constituição de acordo com as leis ser uma interpretação inconstitucional, quer porque o sentido das leis passadas ganhou um significado completamente diferente na constituição, quer porque as leis novas podem elas próprias ter introduzido alterações de sentido inconstitucionais. Teríamos, assim, a legalidade da constituição a sobrepor-se à constitucionalidade da lei”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1234).

¹⁴³ DALLA VIA, Alberto. Los jueces frente a la política. **Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**. N° 22, abril de 2005. p. 27. O autor salienta que nos últimos tem se falado da judicialização da política e da politização da justiça como expressões aptas para designar a relação dos poderes políticos no âmbito judicial, e vice-versa, ressaltando que a justiça exibe um ativismo através do controle de matérias próprias do território político. Porém, o autor faz a ressalva de que é possível os

constitucional expressamente dispõe que compete ao Senado Federal a suspensão da eficácia da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Lenio Streck, Marcelo Cattoni de Oliveira e Martonio Barreto Lima salientam que a função do Senado no controle de constitucionalidade e o art. 52, X, não podem ser considerados inúteis. Os autores destacam a diferença entre a retirada da eficácia da lei e a sua nulidade, no controle abstrato, e a suspensão da lei inconstitucional realizada pelo Senado, no controle concreto, destacando que “suspender a execução da lei não pode significar retirar a eficácia da lei”. Nesse contexto, os referidos autores ressaltam que se não houvesse a aludida diferença, bastaria que o STF remetesse a lei declarada inconstitucional, no controle difuso, ao Senado Federal, a fim de que os seus efeitos fossem equiparados aos da ADIn. Obviamente, como se tem por evidente, que está a se falar de duas coisas diferentes. Afinal, se a tese que diz que os efeitos da decisão do Senado são retroativos fosse procedente, qual, então – e essa é a pergunta que os referidos autores fazem –, é a efetiva modificação que aconteceu com a entrada do controle concentrado no direito brasileiro em 1965? Assim, os autores defendem que os efeitos da decisão do Senado, no controle difuso de constitucionalidade, opera efeitos *ex nunc*.¹⁴⁴

Nesse sentido, Streck, Cattoni de Oliveira e Barreto Lima destacam, de forma muito sensata, que a manutenção do sentido original do art. 52, X, diz respeito à própria sobrevivência do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. “Não por diletantismo acadêmico-intelectual, mas pela objetiva e singela razão de que a Constituição da República possui determinação expressa sobre o papel do Senado neste sentido e que não foi revogada”.¹⁴⁵ Com efeito, os autores ressaltam que a defesa do dispositivo não se trata apenas de uma defesa da “tradição pela tradição”, mas de afastar uma grave lesão ao ordenamento jurídico e ao sistema de garantias constitucionais, postulando, por conseguinte, pelo afastamento da ideia de

problemas políticos não serem resolvidos apenas no âmbito específico do poder político, tendo em vista que o Poder Judiciário possui a sua própria esfera de atuação, que é a de resolver as demandas e controvérsias jurídicas submetidas à sua competência com força de verdade legal. (p. 27-28).

¹⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso... p. 8.

¹⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso... p. 9.

atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões do STF em sede de recurso extraordinário no controle difuso de constitucionalidade.¹⁴⁶

Eneida Desiree Salgado enuncia que o núcleo material da Constituição não pode sofrer modificação constitucional, elencando as competências constitucionais como uma destas alterações inviáveis. Dessa forma, não é possibilitado ao Poder Judiciário, ao se verificar a ineficácia do Legislativo, assumir determinada competência legislativa. Para a autora, a atribuição de força constituinte à mutação constitucional e a ausência do reconhecimento de limites a ela levam à quebra da ideia de Constituição.¹⁴⁷

Cumprе ressaltar a diferença existente entre mutação constitucional e “mutação inconstitucional”. Anna Cândida da Cunha Ferraz salienta que a primeira ocorre quando se atribui um novo significado ao texto constitucional, quando é dada à norma um caráter mais abrangente ou ainda um novo conteúdo, e quando são preenchidas lacunas do texto constitucional.¹⁴⁸ A respeito da mutação constitucional, Eneida Desiree Salgado aponta que apesar das práticas que trazem novo sentido à Constituição poderem serem afastadas pelo Legislativo, a aplicação do texto constitucional pelo juiz pode assumir um caráter definitivo. No processo de aplicação da norma jurídica, o julgador possui a possibilidade de atribuir novos significados aos termos constitucionais, ante a diversidade de conceitos jurídicos abertos e

¹⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso... p. 9. Nesse mesmo contexto, os autores criticam a tese de Gilmar Mendes de que o art. 52, X, sofreu mutação constitucional ressaltando que: “decidir – como quer, a partir de sofisticado raciocínio, o Min. Gilmar Mendes – que qualquer decisão do Supremo Tribunal em controle difuso gera os mesmos efeitos que uma proferida em controle concentrado (abstrato) é, além de tudo, tomar uma decisão que contraria a própria Constituição”. (p. 9).

¹⁴⁷ SALGADO, Eneida Desiree. Os limites explícitos e implícitos aos processos formais e informais de mudança da Constituição: ensaio em defesa do constitucionalismo e da democracia. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 159-176, abr./jun. 2012. Versão digital. Eneida Desiree Salgado preocupa-se com os limites da mutação constitucional realizada pelo Poder Judiciário: “Ainda que seja lógico argumentar nesse sentido, e que essa afirmação decorra do sistema constitucional, não há remédio jurídico para a correção de uma mudança informal da Constituição que não tenha respeitado esses limites quando seu agente é o Poder Judiciário pelo seu órgão de cúpula. A atuação nesse sentido, porém, leva ao desprestígio do papel da Constituição, provocado por quem tem o dever de protegê-la. Ao modificar a Constituição o Poder Judiciário extrapola os poderes que lhe foram confiados pela própria Constituição, apropriando-se da soberania e do poder constituinte”. (SALGADO, Eneida Desiree. Os limites explícitos e implícitos aos processos formais e informais de mudança da Constituição...).

¹⁴⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 56-58. A autora salienta que: “se essa mudança de sentido, alteração de significado, maior abrangência da norma constitucional são produzidas por via da interpretação constitucional, então se pode afirmar que a interpretação constitucional assumiu o papel de processo de mutação constitucional. Em resumo, ocorre mutação constitucional por via de interpretação constitucional quando, por esse processo, se altera o significado, o sentido ou o alcance do texto constitucional, sem que haja modificação na letra da Constituição.” (p. 57).

genéricos presentes na Constituição.¹⁴⁹ Desiree Salgado destaca, entretanto, que as hipóteses de interpretação do diploma constitucional são vinculadas às possibilidades da norma. “Os limites da mutação constitucional estão na Constituição: na norma escrita e nas funções da Constituição, relacionadas à estabilização, racionalização e estabilização do poder.”¹⁵⁰ Nesse contexto, Anna Cândida da Cunha Ferraz denomina esta mudança informal que afronta a Constituição de “mutação inconstitucional”.¹⁵¹ A referida autora destaca que uma de suas características é que elas são “mutações manifestamente inconstitucionais”, na qual a afronta ao texto constitucional é evidente, citando como exemplo os golpes de estado.¹⁵²

Lenio Streck vai ainda mais além ao inadmitir qualquer possibilidade de mutação: “a tese da mutação constitucional advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes”.¹⁵³ Streck destaca, assim, que a mutação constitucional apresenta um grave problema hermenêutico e de legitimidade da jurisdição constitucional, ressaltando que o papel dos tribunais em uma democracia não é o de legislar. O autor pontua que “em determinadas situações, mutação constitucional pode significar, equivocadamente, a substituição do poder constituinte pelo Poder Judiciário”.¹⁵⁴

Ainda no tocante ao ativismo judicial, J. J. Gomes Canotilho tece relevantes críticas à tarefa política exercida pelos tribunais constitucionais. Ao salientar acerca do “tribunal excessivamente político”, o autor destaca que ele possui uma

¹⁴⁹ SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral...** p. 95-96.

¹⁵⁰ SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral...** p. 97. “As modificações admitidas pelo âmbito normativo na concretização da norma não podem admitir conteúdos que contrariem as normas, não podem ser aceitas como “realidade constitucional”, ou Constituição realizada.” (p. 98).

¹⁵¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição...** p. 242. A autora destaca que as mutações que violam a Constituição assumem múltiplas formas, citando como exemplo as interpretações (in) constitucionais judicial, administrativa e legislativa e os costumes e práticas que ofendem o texto constitucional, ressaltando que tais processos opõem-se aos de mutação constitucional. Por outro lado, a autora também cita alguns processos (que podem ser violentos ou não) que provocam “mutações inconstitucionais multifárias”, como a suspensão da Constituição, a ilegitimidade do exercício do poder e a supressão do texto constitucional.

¹⁵² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição...** p. 242-244.

¹⁵³ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso... p. 19

¹⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso... p. 18-19.

preocupação íntima com os “efeitos traumáticos das decisões que se limitam a optar pelo esquema binário da constitucionalidade/inconstitucionalidade”, em oposição ao “tribunal excessivamente jurisdicional”, o qual se preocupa tão somente com a declaração de nulidade da inconstitucionalidade, sem considerar os efeitos da decisão. O autor, apesar de demonstrar a ingenuidade daqueles que defendem a declaração de inconstitucionalidade sem levar em conta os efeitos desta decisão, critica a tarefa politicamente conformadora dos tribunais constitucionais, ressaltando a sua competência de “tarefa jurídica de controle”.¹⁵⁵ Canotilho destaca que quando os tribunais constitucionais utilizam técnicas de decisão com a finalidade de modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, corre-se o perigoso risco de restringir as bases democráticas de apreciação política a ponto de os tribunais constitucionais transmudarem-se em “superlegisladores”.¹⁵⁶

Nesse contexto, Eneida Desiree Salgado critica a atuação ativista do Supremo Tribunal Federal e a compreensão que tem de si mesmo como superior aos demais poderes. Destacando a tendência à centralização do controle de constitucionalidade pelo Pretório Excelso, Desiree Salgado salienta que essa postura não se adapta ao Estado de Direito e com a visão da lei como produto do processo democrático. A autora não nega, entretanto, a função do Judiciário de controlar a constitucionalidade dos atos normativos emanados pelo Legislativo. A questão é que a declaração de nulidade de uma decisão discutida na seara política com embasamento constitucional não é passível de afastamento por outro órgão estatal, evidenciando o papel destacado que o STF assume no controle dos atos políticos. A autora enuncia, desse modo, que a atuação do STF não é ilimitada, estabelecendo que quando a Constituição não possibilita apenas uma hipótese para a sua concretização, ou quando o poder constituinte posterga a possibilidade de decisão, a decisão política cabe ao legislador. “A ausência de limites no exercício das funções dos agentes públicos não encontra guarida em um Estado de Direito, em uma Constituição democrática”.¹⁵⁷

De igual modo, Vera Karam de Chueiri também critica a utilização de argumentos políticos por parte do Poder Judiciário, ressaltando que é defeso ao juiz,

¹⁵⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva. In: Miranda, Jorge (org.). **Perspectivas Constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976**, vol. II. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 882-883.

¹⁵⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva... p. 882-883.

¹⁵⁷ SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral...** p. 86-88.

ao se interpretar fundamentos políticos e morais, “tomar posição de legislador e decidir qual é o melhor interesse da maioria para o caso”, pois a utilização de tais argumentos somente é possível por parte do Executivo e do Legislativo, poderes que foram eleitos democraticamente pela maioria.¹⁵⁸

John Hart Ely afasta a possibilidade da utilização de valores morais pelos juízes na fundamentação de suas decisões.¹⁵⁹ O autor, através de sua teoria procedimentalista, defende que a Constituição se preocupa com direitos de participação e de representação, afastando, portanto, a utilização, por parte dos juízes, de valores fundamentais consagrados por uma sociedade – através do Parlamento – em determinada situação.¹⁶⁰ Ely invoca a autoridade da Constituição, evidenciando os direitos encontrados no próprio texto constitucional, que se constituem em pré-requisitos para a participação política. Desse modo, apesar de defender a inclusão de diversos direitos fundamentais omissos no texto constitucional, o autor defende que a Suprema Corte não pode usurpar a competência do Legislativo através da imposição de valores sociais considerados fundamentais. Tal função, a de prever novos direitos fundamentais não previstos na Constituição, cabe exclusivamente ao legislador.¹⁶¹

Richard Posner critica Ely ao salientar que a abordagem interpretacionista do autor, em verdade, concede amplos poderes aos juízes, ante a profusão de

¹⁵⁸ CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n. 91. **Revista Direito GV**, v. 5, p. 45-66, 2009. p. 61. Nesse sentido, Vera Karam de Chueiri pontua que: “Essa responsabilidade do judiciário em proteger os direitos individuais nos casos concretos, muitas vezes, é ignorada por nossa corte constitucional, que acaba por usurpar o papel do legislador e decidir o que seria melhor para a maioria no caso e não qual seria a melhor decisão para aquele caso específico, respeitando os princípios do igual respeito e consideração e da liberdade”. A autora cita, como exemplo de argumentação política utilizada pelo Judiciário, a decisão da ministra do STF Ellen Gracie na suspensão de tutela antecipada nº 91, na qual se ignorou o direito individual a medicamentos com base em argumentos político-pragmáticos (p. 62).

¹⁵⁹ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança...** Capítulo 3.

¹⁶⁰ John Hart Ely defende que o Poder Judiciário apenas está autorizado a afastar decisões tomadas democraticamente quando utilizar os seguintes fundamentos: funcionando como árbitro do processo de representação, facilitando a representação dos setores minoritários e mantendo aberto os canais de alternância política. ELY, John Hart. **On constitutional ground**. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1996. Eneida Desiree Salgado, a respeito da jurisdição constitucional concebida por Ely, aduz que: “Assim, a Suprema Corte não deveria atuar como um conselho de revisão legislativa, mas garantir a igualdade no processo político e o acesso das minorias”. (SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral...** p. 79).

¹⁶¹ ELY, John Hart. **On constitutional ground...** p. 16. “*Thus I say to courts: enforce those rights that have inspired suficiente popular consensus to secure a place in the document. Enforce those rights that are needed to let us all freely and equally register our preferences. Enforce the minorities those rights that the majority has seen fit to guarantee for itself. Enforce all those rights with all the vigor you can muster. But beyond that, you simply have no right in a democracy – no more than philosophers or law professor or anyone else has – to tell the rest of us that we have made a mistake and that you know better*”. (p. 16).

cláusulas constitucionais vagas. Posner, nesse sentido, destaca que os dois valores procedimentais de Ely – a participação e a representação –, possibilitam que os juízes possam “fazer qualquer coisa”, como abolir a pena de morte e obrigar que os estados adotem o casamento homossexual. Assim, Posner faz a seguinte pergunta: “se isso é interpretação, então o que é exatamente é o ‘não interpretativismo’ ou a teoria do direito baseada nos ‘direitos fundamentais’?” Dessa forma, o autor destaca que basta uma mera conexão com o texto constitucional para que se possa chamar isso de interpretação.¹⁶²

Por seu turno, Andreas Schedler evidencia a imparcialidade das decisões judiciais como um requisito necessário, caracterizando-a como uma “meta-regra excludente”, isto é, a regra de seguir as regras.¹⁶³ O autor destaca a existência de duas perspectivas para explicar a tomada de decisão judicial: a interna, que segue uma lógica de argumentação, e a externa, que se apoia numa lógica de associação.¹⁶⁴ Schedler postula pelo estabelecimento de pesos e contrapesos para que as duas perspectivas possam ser aplicadas de forma construtiva a fim de, assim, alcançar a imparcialidade da decisão judicial.¹⁶⁵

Por evidência, a imparcialidade das decisões do Supremo Tribunal Federal impõe-se como requisito necessário, como Schedler postula; contudo, não é o que se verifica quando a Corte estende os efeitos da inconstitucionalidade para toda a coletividade em sede de controle difuso de constitucionalidade, deixando de aplicar o art. 52, X, da Constituição, que prevê uma competência expressa do Senado

¹⁶² POSNER, Richard A. **Para além do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 220-221. Posner defende que não existe o “caminho do meio”, como propugna Ely quando este defende um “interpretacionismo moderado”, entre o poder discricionário concedido aos juízes através da abordagem dos “valores fundamentais” e o poder limitado por uma abordagem restritiva, denominada de “interpretacionismo intraclausular”. Segundo Posner, “o problema de chamar ‘interpretacionismo’ ao método de contornar esses extremismos é que isso subentende que exista uma técnica objetiva (...) e que, se os juízes adotassem essa técnica, isso os imunizaria contra ambos os extremismo. Se existe uma técnica assim, que eleve a ‘interpretação’ constitucional acima da quiromancia e da interpretação de sonhos, ainda não foi descoberta”. (p. 213).

¹⁶³ SCHEDLER, Andreas. Argumentos y observaciones: de críticas internas y externas a la imparcialidad judicial. *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. N° 22, abril de 2005. p. 71-72.

¹⁶⁴ “La perspectiva interna evalúa las justificaciones jurídicas en sus propios términos, mientras que la perspectiva externa examina la circunstancias extralegales que rodean a las decisiones judiciales. La primera toma en serio los argumentos legales, mientras que la segunda toma en serio las sospechas de influencias extralegales.” (SCHEDLER, Andreas. Argumentos y observaciones: de críticas internas y externas a la imparcialidad judicial... p. 73).

¹⁶⁵ SCHEDLER, Andreas. Argumentos y observaciones: de críticas internas y externas a la imparcialidad judicial... p. 92.

Federal.¹⁶⁶ Além de parcial, essa conduta do Supremo caracteriza um ativismo judicial que redefine o desenho institucional pátrio. Tem-se, por conseguinte, pela inadmissão da tese de que o referido dispositivo sofreu mutação. A problemática envolvendo a extensão dos efeitos no controle difuso será abordada ainda no próximo tópico, através da análise do Recurso Extraordinário nº 197.917.

3.2 A MODULAÇÃO DE EFEITOS ESPACIAIS E TEMPORAIS REALIZADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 197.917/SP

Existe na atualidade uma tendência de abstrativização do controle de constitucionalidade, consistindo o fenômeno da transcendência dos motivos determinantes em um de seus principais expoentes. Tal fenômeno verificou-se no Recurso Extraordinário nº 197.917, no qual os efeitos da decisão proferida no caso concreto influenciaram a adoção de efeitos *erga omnes* (através de provocação da Procuradoria-Geral Eleitoral, o TSE editou a Resolução nº 21.702/04), alcançando sujeitos que nem tinham conhecimento da demanda.¹⁶⁷

Trata-se de uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público de São Paulo, no qual se discutiu o número de vereadores da Câmara do Município paulista de Mira Estrela. O texto constitucional em seu art. 29, IV, alínea “a”, estabelecia a fixação do número de vereadores por meio de lei orgânica, “*proporcionalmente à população do Município, observados os limites de mínimo de nove e máximo de vinte e um nos municípios de até um milhão de habitantes*”. A lei orgânica do Município paulista previa onze cadeiras para uma população de um pouco mais de

¹⁶⁶ O desrespeito à Constituição Federal através do controle de constitucionalidade parece não advir apenas do Supremo Tribunal Federal. Egon Bockmann Moreira, ao comentar a respeito do controle de constitucionalidade realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, destaca que: “nada obstante ser órgão judicial sui generis e não deter essa competência em qualquer norma (legal ou constitucional), fato é que o CNJ não se verga à legalidade. Eufemismos e boas intenções à parte, parece que, justamente nos momentos difíceis de respeito à Constituição, o CNJ se deixou cair em tentação. Resta agora saber quem não pode declarar a constitucionalidade de leis no sistema brasileiro”. (MOREIRA, Egon Bockmann. Conselho Nacional de Justiça...).

¹⁶⁷ Eneida Desiree Salgado, ao comentar esta decisão, ressalta que: “de uma manifestação sobre um caso concreto em que não havia clara inconstitucionalidade, o Poder Judiciário resolveu complementar a *contrario sensu* a norma constitucional, aprimorando a construção constituinte e negando regra expressa de competência de um ente federativo”. (SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 244).

dois mil e seiscentos habitantes, portanto, dentro do limite estabelecido pela Constituição. Contudo, *in casu*, o Supremo Tribunal Federal reconhecendo que a lei orgânica do Município não respeitou a proporcionalidade exigida pelo art. 29, IV, da Constituição Federal, decidiu por estabelecer uma tabela proporcional do número de vereadores através de faixas populacionais que seria aplicada a todos os municípios do país, após resolução do TSE. Anos depois, através da Emenda Constitucional nº 58 de 2009, foi dada nova redação ao inciso IV do art. 29, da Constituição, nos moldes da proporção estabelecida, inicialmente pelo STF e, mais tarde, pela resolução do TSE.

Percebe-se, portanto, que através de controle difuso de constitucionalidade (recurso extraordinário), o dispositivo municipal de Mira Estrela foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, acabando por gerar efeitos para toda a coletividade.¹⁶⁸

Conforme se depreende da leitura do art. 103, III, da Constituição Federal, em sede de recurso extraordinário o STF julga as causas decididas em única ou

¹⁶⁸ “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37). 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º). 7. Inconstitucionalidade, incidenter tantum, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos ex tunc, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido. RE 197917, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2002, DJ 07-05-2004 PP-00008 EMENT VOL-02150-03 PP-00368”.

última instância, isto é, realiza o julgamento de casos concretos envolvendo direitos subjetivos, em oposição ao controle de constitucionalidade do ato normativo em tese operado através das ações abstratas de inconstitucionalidade. Em sede de recurso extraordinário, a decisão final do STF opera efeitos apenas entre as partes (efeitos *inter partes*), consistindo a inconstitucionalidade como uma preliminar de mérito; nesses casos, o STF funciona não como uma corte de cassação (como ocorre nas hipóteses de controle abstrato), mas sim como uma corte de apelação, porquanto lhe cabe julgar tanto o *error in procedendo* quanto o *error in judicando*. “Assim, o resultado da atuação do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade nunca é o julgamento de uma tese, e dessa atuação não resulta uma teoria, mas uma decisão”.¹⁶⁹ Nesse sentido, Regina Maria Macedo Nery Ferrari entende que a decisão que decreta a inconstitucionalidade no controle difuso de inconstitucionalidade opera efeitos *inter partes*, pois proferida em um caso concreto, não se estendendo *erga omnes*.¹⁷⁰ Entretanto, como foi dito, no recurso extraordinário de Mira Estrela o STF estendeu os efeitos para todos os municípios do país, tendo, portanto, a decisão *in concreto* operado efeitos *erga omnes*.

Como já foi exposto no tópico anterior, a possibilidade dos efeitos da decisão que decreta a inconstitucionalidade *in concreto*, após julgamento do Supremo Tribunal Federal, serem estendidos a toda coletividade consiste em uma competência constitucional privativa do Senado Federal, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal. Tem-se, portanto, que o STF adota uma postura ativista ao usurpar a competência constitucional do Senado Federal, quando da operação de efeitos *erga omnes* em sede de controle difuso de constitucionalidade.

¹⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso... p. 3.

¹⁷⁰ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 190-191. Regina Ferrari lembra que, segundo o art. 103 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, as próprias súmulas do Pretório Excelso não são intocáveis, admitindo-se a sua revisão. Nesse contexto, destacam-se as palavras da autora: “As decisões, no entanto, continuam sendo proferidas *in concreto*, isto é, em relação a determinadas *litis*, e, resolvendo-a, têm a mesma força vinculativa *inter partes*, fazendo em relação a elas coisa julgada. O tribunal, no exercício de sua função de aplicador de direito, deixa de aplicar em relação à *litis* a lei inconstitucional, o que, porém, não vem afetar sua obrigatoriedade em relação aos demais não participantes da questão levada à apreciação pelo Poder Judiciário, de tal forma que, continuando a existir e obrigar no universo jurídico, todas as pessoas que queiram que a elas se estenda o benefício da inconstitucionalidade já declarada em caso idêntico, devem postular sua pretensão junto aos órgãos do Judiciário, para que possam eximir-se do seu cumprimento, já que em nosso sistema, as decisões têm seu alcance limitado às partes em litígio, salvo nos casos de declaração de inconstitucionalidade em tese (...)”. (p. 190-191).

Ademais, quando o Supremo Tribunal Federal estende os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para todos os municípios do Brasil, ignora-se solenemente a possibilidade de participação dos demais envolvidos com a decisão. Como se tem por evidente, uma decisão que não leva em conta os participantes diretamente envolvidos no processo e não lhes dá a possibilidade de emitirem sua opinião não possui qualquer espécie de legitimidade democrática, além de ofender diversos princípios constitucionais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Nesse sentido, Streck, Cattoni de Oliveira e Barreto Lima defendem que a competência constitucional atribuída ao Senado Federal no art. 52, X, consiste em um modelo de participação democrática no controle difuso de constitucionalidade. Os autores ressaltam que excluir o papel originário do Senado, restringindo-o a uma mera secretaria de publicação das decisões do STF, significa retirar do controle difuso de constitucionalidade qualquer espécie de possibilidade de participação dos representantes da população no processo, o que, definitivamente, não parece ser o resultado pretendido pelo texto original da Constituição. Outrossim, os autores evidenciam a preocupação principal com o afastamento da competência constitucional do Senado no controle difuso de constitucionalidade: a lesão aos direitos fundamentais dos cidadãos que não tiveram o direito de participação nos processos de decisão que os afetará.¹⁷¹

Peter Häberle, defensor da sociedade aberta dos intérpretes, postula que todos indivíduos que vivem no contexto de uma norma constitucional, são, indiretamente ou diretamente, intérpretes dessa norma. Assim, “o destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente,

¹⁷¹ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso... p. 6-7. Os autores ressaltam, nesse vértice, que: “como se não bastasse reduzir a competência do Senado Federal à de um órgão de imprensa, há também uma consequência grave para o sistema de direitos e de garantias fundamentais. Dito de outro modo, atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará. Não estamos em sede de controle concentrado! Tal decisão aqui terá, na verdade, efeitos advocatórios. Afinal, não é à toa que se construiu ao longo do século que os efeitos da retirada pelo Senado Federal do quadro das leis aquela definitivamente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal são efeitos *ex nunc* e não *ex tunc*. Eis, portanto, um problema central: a lesão a direitos fundamentais.”. (p. 7).

do processo hermenêutico”.¹⁷² J. J. Gomes Canotilho, ao salientar acerca da introversão da legitimidade processual constitucional, também critica a sociedade pouco aberta à pluralidade de intérpretes da Constituição. Para o referido autor – defensor de um discurso racional democraticamente fundado – devem ser intensificadas as hipóteses de intervenção plural nos processos de controle de constitucionalidade dos atos normativos. Segundo Canotilho, “um processo tendencialmente democrático na criação de normas de acção não é ajustável a um processo estatalmente monopolizador de dinamização do controlo”.¹⁷³ No mesmo sentido, pondera Estefânia Maria de Queiroz Barboza ao concluir: “pode-se, ainda, buscar um maior debate no fórum da jurisdição constitucional, ampliando a comunidade de intérpretes da Constituição, como forma de ampliar a discussão deliberativa ali instaurada”.¹⁷⁴

Bruce Ackerman, em oposição a liberais como Rawls e Dworkin, defende a ideia de que os direitos fundamentais dos cidadãos não se constituem em direitos substantivos, mas, por seu turno, constituem-se em direitos procedimentais. Ou seja, o autor defende que os cidadãos possuem o direito básico de participar da deliberação pública a respeito do conteúdo dos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, Ackerman aduz que “o primeiro, e mais fundamental, é o direito de cada indivíduo ao reconhecimento dialógico como um cidadão em uma conversação política em desenvolvimento”.¹⁷⁵ Desse modo, apesar de o autor não considerar

¹⁷² HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997. p. 15.

¹⁷³ CANOTILHO, J. J. Gomes. Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva... p. 880-81. Canotilho defende que o controle deve salvaguardar a legitimidade processual das minorias políticas, ressaltando o papel da democracia como um governo de proteção dos interesses de setores minoritários. Dessarte, aduz que a justiça constitucional enquadrar-se-á nas regras do jogo democrático se as minorias puderem ter acesso a ele. Nesse contexto, o autor faz referência ao art. 103, VIII, da Constituição Federal de 1988, que possibilita a legitimidade para propositura de ADIn aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional. (p. 881).

¹⁷⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 208.

¹⁷⁵ ACKERMAN, Bruce. **La Justicia Social em el Estado Liberal**, tradução de Carlos Rosenkrantz, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 206. O autor defende a existência da denominada “democracia dualista”, na qual estabelece uma distinção entre as decisões governamentais, de um lado, e as populares (*we the people*), de outro. Assim, afasta-se definitivamente de autores liberais como Rawls e Dworkin, que propunham que a Constituição, antes de tudo, é asseguradora de direitos fundamentais e, apenas em segundo plano, permite a participação dos cidadãos na seara pública. Ackerman, por outro lado, inverte essa lógica e defende que a Constituição de um Estado, em primeiro lugar, é democrática e, somente posteriormente, defensora de direitos dos cidadãos. “É o povo a fonte dos direitos; a Constituição não termina os direitos que o povo deve estabelecer ou exercer” (ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 17).

conflituosa a relação entre democracia e direitos fundamentais, defendendo a existência da jurisdição constitucional e da revisão judicial (e afastando as críticas de que ela não teria legitimidade), é certo que a atuação do Poder Judiciário não pode ultrapassar os limites constitucionais (e, de fato, ultrapassa quando estende os efeitos da inconstitucionalidade), assim como, evidentemente, também não pode o Poder Legislativo (controlado pela revisão judicial, segundo Ackerman). O autor ressalta que: “isso não significa que qualquer decisão da Suprema Corte possa ser justificada nos termos do princípio da preservação”.¹⁷⁶

Nesse contexto, Ackerman postula pela criação de um modelo de hermenêutica constitucional consistente na síntese interpretativa dos valores populares, propiciados pela identidade política do povo durante os momentos decisivos de renovação constitucional. Portanto, ao propor uma hermenêutica constitucional orientada pelos valores do povo, Bruce Ackerman corrobora a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição de Häberle.¹⁷⁷

Por conseguinte, a ausência dos demais envolvidos no processo – demais Municípios de todo o Brasil – que sofreram os efeitos da decisão que decretou a alteração do critério do número de vereadores nas Câmaras Municipais, padece de legitimação constitucional-democrática. Afinal, como ressalta Pablo Lucas Verdú “*no es posible que funcione adecuadamente un Estado, si no se aplican con el ánimo sincero, el estar en Constitución*”.¹⁷⁸

Ademais, convém lembrar, ainda, que o modelo difuso de controle de constitucionalidade consiste em influência do direito estadunidense na qual vige o sistema da *common law*. Como se sabe, neste sistema figura a existência da *stare decisis*, isto é, a ideia de que os julgados de um tribunal superior vinculam todos os

¹⁷⁶ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano...** p. 12. Ackerman destaca que o controle de constitucionalidade perde a sua legitimidade caso seja utilizado como forma de restringir as conquistas resultantes da soberania popular.

¹⁷⁷ No prefácio de *Nós, o povo soberano*, Gisele Cittadino tece preciosas palavras a respeito do modelo de hermenêutica constitucional proposto por Ackerman: “Não há dúvidas, que a hermenêutica constitucional proposta por Ackerman, qualquer que seja a conjuntura história – cidadania mobilizada ou ausência dela – deve ser orientada ou pela salvaguarda dos valores forjados pelo povo nos momentos decisivos de sua história constitucional ou pela adoção de soluções constitucionais compatíveis com os novos valores que representam a renovação de sua identidade política”. (CITTADINO, Gisele. Prefácio. In: ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. xxvii).

¹⁷⁸ VERDÚ, Pablo Lucas. Tener y estar en Constitución. UNED. **Revista de Derecho Político**. nº. 75-76, mayo-diciembre 2009, págs. 275-285. p. 276.

demais no âmbito da mesma jurisdição.¹⁷⁹ Dessa forma, o controle difuso de constitucionalidade estadunidense produz efeitos *erga omnes* em virtude da lógica própria do sistema da *common law*. Por outro lado, o direito brasileiro filia-se ao sistema da *civil law*, na qual a ideia de *stares decisis* não se aplica. Portanto, tem-se que para a produção de efeitos *erga omnes* no direito brasileiro o instrumento mais adequado é a ação direta proposta perante o STF (controle concentrado).¹⁸⁰

A distinção entre eficácia *erga omnes* da coisa julgada e efeitos vinculantes das decisões, destacada por Luiz Guilherme Marinoni¹⁸¹ como forma de defender a eficácia vinculante das decisões do STF no controle difuso de constitucionalidade, mostra-se irrelevante: mesmo sendo restrita a eficácia vinculante à *ratio decidendi* da decisão, os problemas persistem, porquanto as demais partes envolvidas com a decisão são igualmente excluídas e a competência constitucional do Senado Federal é de igual modo usurpada mesmo que se aplique o instituto da transcendência dos motivos determinantes, como ocorreu no caso de Mira Estrela. Ora, o texto da Constituição é expresse em prever a competência do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade em seu art. 52, X.

Ainda, o controle de constitucionalidade estadunidense produz efeitos *erga omnes* por não existir um controle concentrado como no direito brasileiro (sistema misto). Portanto, a produção de efeitos *erga omnes* através de recurso extraordinário em via incidental não é considerada adequada, pois, no direito pátrio, ao lado do modelo difuso, existe a via própria para a ocorrência de tais efeitos, qual seja, o modelo concentrado de constitucionalidade, diferentemente do que ocorre no direito estadunidense, que se caracteriza pela exclusividade do modelo misto.

Lenio Luiz Streck destaca a diferenciação entre controle concentrado e controle difuso ao ressaltar que “não há como se imaginar que os efeitos do controle concentrado sejam extensivos ao controle difuso, de forma automática”.¹⁸² Assim, o

¹⁷⁹ A respeito do sistema americano, Regina Maria Macedo Nery Ferrari leciona no seguinte sentido: “Assim, a sentença tem efeito entre as partes litigantes e é, para elas, que adquire a força de coisa julgada; porém, além desse efeito, que só afeta às partes, as sentenças judiciais naquele país se revestem de uma ampla autoridade, em razão do princípio do *stares decisis*, isto é, quando um caso é resolvido pela Corte, tal decisão passa a ser observada fielmente por ela e pelos tribunais subordinados, nas decisões futuras de controvérsias análogas”. (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade...** p. 187).

¹⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro...** p. 70-72.

¹⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 276-278.

¹⁸² STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso...** p. 7.

texto da norma disposta no art. 52, X, da Constituição apenas possui sentido se efetuada uma análise do sistema constitucional brasileiro, que é misto (difuso e concentrado). “Portanto, parece óbvio que, se se entendesse que uma decisão em sede de controle difuso tem a mesma eficácia que uma proferida em controle concentrado, cairia por terra a própria diferença”.¹⁸³

Nesse mesmo sentido, Alberto Dalla Via evidencia a distinção entre o sistema da *common law* e o sistema continental europeu, ao ressaltar que a Constituição da Argentina adotou o sistema de controle de constitucionalidade difuso, oriundo da tradição americana da *common law*, apesar de seu sistema jurídico encontrar fulcro no sistema da *civil law*.¹⁸⁴

Ao lado da modulação dos efeitos espaciais no controle difuso de constitucionalidade, há também a polêmica da modulação dos efeitos temporais. Cumpre lembrar que a regra adotada no direito brasileiro acerca dos efeitos temporais da decisão que decreta a inconstitucionalidade consiste na nulidade absoluta da lei inconstitucional, operando efeitos retroativos. Zeno Veloso destaca que esta solução é uma decorrência lógica da ordem constitucional porque “ao se admitir algum efeito à lei declarada inconstitucional, ela teria revogado a Constituição, o que é absurdo e compromete toda a estrutura escalonada do nosso sistema jurídico”.¹⁸⁵

Todavia, como já foi destacado anteriormente, a teoria da nulidade da lei inconstitucional vem sendo mitigada pela doutrina e pela jurisprudência, tanto em sede de controle concentrado, através das ações abstratas de inconstitucionalidade, quanto em sede controle difuso, pela via do recurso extraordinário. Nesse sentido, André Ramos Tavares ressalta que a anulação de determinadas leis pode provocar danos muito mais graves do que a permanência da inconstitucionalidade em um ordenamento jurídico constitucional.¹⁸⁶

¹⁸³ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso... p. 7.

¹⁸⁴ DALLA VIA, Alberto. Los jueces frente a la política... p. 34. Nesse sentido, Dalla Via aduz que “*con respecto a la adopción del sistema norteamericano de control de constitucionalidade en la Constitución de la Nación Argentina, porque a diferencia del sistema de Common Law sobre el que está montado el sistema originário, en nuestro caso rige el sistema continental europeo, codificado, siendo que la sanción del derecho común o ‘derecho de fondo’ no corresponde a cada provincia sino al Congreso Federal, conforme lo señala el art. 75 inc. 12 de la norma fundamental*”. (p. 34).

¹⁸⁵ VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 185.

¹⁸⁶ TAVARES, André Ramos. A inconsistência do Tribunal Constitucional como “legislador negativo” em face de técnicas avançadas de decisão da Justiça Constitucional...

O art. 27 da Lei nº 9.868/99 consolidou a mitigação da nulidade dos atos normativos declarados inconstitucionais. Primeiramente aplicável somente ao controle concentrado, o Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento do Recurso Extraordinário nº 197.917, consolidou o entendimento da possibilidade de incidência do dispositivo no controle difuso de constitucionalidade.¹⁸⁷ Com efeito, o requisito material constante no dispositivo, qual seja, a existência de segurança jurídica ou excepcional interesse social, consiste em conceitos jurídicos indeterminados que exigem uma “inexorabilidade de um juízo de valores sobre o caso concreto”.¹⁸⁸ Luciano Elias Reis, apesar de concordar com a mitigação da teoria da nulidade do ato inconstitucional, ressalta que a modulação dos efeitos temporais pelo STF deve ser realizada de modo criterioso conforme o caso concreto, com o objetivo de evitar a banalização do instituto e, ainda, que a motivação da decisão seja explícita e bem fundamentada no acórdão, ante a abertura que os conceitos de segurança jurídica e excepcional interesse social permitem.¹⁸⁹

No caso sob análise deste tópico, o Recurso Extraordinário nº 197.917 de Mira Estrela, o Supremo Tribunal Federal, além de estender a eficácia do julgado para os demais municípios do país, decidiu atribuir a eficácia prospectiva disposta no art. 27 da Lei nº 9.868/99. Assim, ao decidir pela redução do número de vereadores de Mira Estrela, o STF entendeu que a declaração de inconstitucionalidade da Lei Orgânica somente valeria para a legislatura seguinte, fundamentando a decisão na segurança jurídica e na potencial ameaça que os efeitos *ex tunc* teriam contra o sistema legislativo pátrio. O ativismo judicial, já debatido e exposto anteriormente com relação à extensão dos efeitos para toda a coletividade, verifica-se igualmente aqui, mas agora com relação aos efeitos temporais, mormente os efeitos prospectivos ou *pro futuro*.

Como admitir que um ato normativo já declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal continue a operar efeitos na ordem jurídica constitucional? A modulação dos efeitos para o futuro não seria admitir a

¹⁸⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial...** p. 207-208.

¹⁸⁸ REIS, Luciano Elias. A modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 42, out./dez. 2010. Versão digital. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70469>>. Acesso em: 14 abril 2013.

¹⁸⁹ REIS, Luciano Elias. A modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade...

inferioridade do texto constitucional ante leis ordinárias manifestamente inconstitucionais?

Sepúlveda Pertence, assim como Ingo Wolfgang Sarlet¹⁹⁰, defende a inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9.868/1999. Em primeiro lugar, aduz acerca da inconstitucionalidade formal do dispositivo, ressaltando que a matéria não poderia ser regulada por lei ordinária, vez que o Congresso Nacional já recusou algumas vezes a regulamentação da matéria através de emenda constitucional. Em segundo lugar, Pertence destaca a inconstitucionalidade material do art. 27, evidenciando a incompatibilidade da modulação dos efeitos temporais – pelo menos com a perigosa amplitude disposta na lei – com o sistema de controle difuso de constitucionalidade. O autor teme pela banalização do dispositivo, especialmente se fundado em razões de Estado e dificuldades financeiras que algumas decisões podem exigir.¹⁹¹

No mesmo sentido, Elival Ramos também defende a inconstitucionalidade do suprarreferido dispositivo legal, ressaltando ser necessário que o próprio texto constitucional regule a exceção à teoria da nulidade absoluta da lei inconstitucional, porquanto a teoria consiste em princípio implícito no direito constitucional brasileiro.¹⁹² O constitucionalista nega ainda a possibilidade da utilização do art. 27 da Lei nº 9.868/99 no controle difuso de constitucionalidade ao criticar a aplicação do dispositivo no Recurso Extraordinário de Mira Estrela.¹⁹³ O autor salienta que neste caso não haveria necessidade do STF invocar a justificativa de grave ameaça a todo o ordenamento jurídico, pois consistiu em um caso concreto restrito apenas à Câmara Municipal de um pequeno município, que se viu obrigado em reduzir de onze para nove o número de seus vereadores. Desse modo, Elival Ramos destaca o ativismo judicial do STF no caso em tela, ressaltando que a Corte se aproveitou de

¹⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Arguição de descumprimento de preceito fundamental... p. 9.

¹⁹¹ PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. Controles concentrado e difuso no Direito Constitucional: a eficácia temporal das decisões...

¹⁹² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial...** p. 236-37. Nesse contexto, Elival Ramos aduz que “se a atribuição de invalidez absoluta (*ope jure* e *ab initio*) à lei inconstitucional decorre de princípio constitucional implícito, impõe-se acatar o corolário lógico de que somente norma dotada de igual hierarquia pode fundamentar soluções que, em abstrato ou em concreto, atenuem as consequências do princípio da nulidade”. (p. 236)

¹⁹³ “A derradeira questão que importa considerar, no terreno das limitações ao uso da técnica da modulação dos efeitos temporais da decisão impositiva da sanção de nulidade, é a de viabilidade de sua extensão ao controle concreto-individual. Uma vez avaliados os elementos hermenêuticos disponíveis, impõe-se, claramente, uma resposta negativa, conclusão essa que já restara implícita no elenco de pressupostos da medida há pouco apresentado. Sob o prisma sistemático-gramatical, é preciso não subestimar a importância do fato de o instituto haver sido introduzido por diploma legal que tem por objeto a disciplina do ‘processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal’, ou seja, enquanto instrumento do controle abstrato de normas, manejável apenas por nossa mais alta Corte”. (RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial...** 206).

um caso de menor repercussão a fim de consolidar um precedente à utilização da modulação temporal do art. 27 para, com isso, “tornar ‘preclusa’ a discussão sobre a sua candente inconstitucionalidade”.¹⁹⁴

Destarte, Elival da Silva Ramos critica frontalmente a atuação recente do Supremo Tribunal Federal, destacando o abuso por parte da Corte na aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/99. O autor não nega, entretanto, a utilidade da técnica de modulação dos efeitos temporais, reconhecendo a inadequação da decisão que decreta a nulidade absoluta do ato normativo inconstitucional com os seus efeitos fáticos produzidos no passado. Contudo, isso “não justifica que o guardião maior da Constituição preste vassalagem aos fatos (por mais impactantes que sejam), sem fazê-lo com apoio no instrumental jurídico que lhe baliza a atuação”.¹⁹⁵

Para André Ramos Tavares, a possibilidade do Supremo Tribunal Federal modular os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade significa a superação de uma atuação da jurisdição constitucional tipicamente legislativo-negativa. Contudo, o autor defende que, ainda que se pretenda falar de “legislador positivo”, não se pode tornar a função da jurisdição constitucional exclusivamente política. Com efeito, Tavares postula por uma atuação conjunta dos poderes no controle de constitucionalidade dos atos normativos, ressaltando que o respeito às instituições democráticas e constitucionais, ainda que exijam uma Justiça Constitucional ativa e operante, não pode esgotar-se nesta única instituição do Estado de Direito.¹⁹⁶

Por seu turno, Dimitri Dimoulis e Soraya Gasparetto Lunardi também rejeitam a teoria kelsiana do legislador negativo, no entanto, admitem as propostas de autocontenção do juiz constitucional. Apesar de carecerem de precisão, os autores

¹⁹⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial...** p. 242.

¹⁹⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial...** p. 243-245. Elival da Silva Ramos traça distinção na atuação do Supremo Tribunal Federal quando este realiza a ponderação nos casos concretos do princípio da nulidade com outros princípios de mesma hierarquia constitucional, preservando as relações fáticas constituídas sob a égide da lei inconstitucional (como o que ocorreu quando a Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Linkletter v. Walker*, manteve os efeitos das decisões condenatórias criminais baseadas em legislação penal inconstitucional) e, por outro lado, quando o Pretório Excelso aplica a medida excepcional do art. 27 da Lei nº 9.868/1999. Para o autor, portanto, tratam-se de coisas diferentes. “Haveria, pois, uma equiparação entre o juízo de ponderação (sem base legal expressa) de que sempre se valeu o Supremo para manter incólumes situações fáticas estabelecidas com supedâneo em legislação posteriormente declarada inválida e o que estaria naquela oportunidade a realizar, diferindo *pro futuro* os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade, o que é absolutamente incorreto, como já se viu. Esse segundo juízo de ponderação dependia de previsão normativa explícita, aninhada na própria Constituição, como se fez no sistema de controle luso, tantas vezes mencionado naquele julgado”. (p. 240-241).

¹⁹⁶ TAVARES, André Ramos. A inconsistência do Tribunal Constitucional como “legislador negativo” em face de técnicas avançadas de decisão da Justiça Constitucional...

ressaltam que tais propostas apresentam utilidade, pois quando o juiz é impossibilitado de fundamentar de modo adequado a inconstitucionalidade de um ato normativo, deve-se aceitar a decisão política emanada pelo Poder Legislativo.¹⁹⁷ Ora, fundamentar juridicamente a produção de efeitos prospectivos da declaração de uma inconstitucionalidade consiste em tarefa de difícil execução para o julgador, senão até mesmo impossível, ante a supremacia do texto constitucional às demais normas do ordenamento jurídico.

A respeito da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo, Dimoulis e Lunardi consideram tal atividade como criação de novas normas pela Corte constitucional, apesar de ressaltarem que não parece correto dizer que a sua atuação é legislativa, pois, conforme já ressaltado, os autores defendem o abandono da teoria do legislador negativo.¹⁹⁸ J. J. Gomes Canotilho ensina que o Tribunal Constitucional ao limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por exercer “poderes tendencialmente normativos”.¹⁹⁹

Já Teori Albino Zavascki aponta que o STF ao operar efeitos *ex nunc* não está declarando que os atos produzidos foram válidos e nem está assumindo a função de “legislador positivo” para validar normas inconstitucionais; o que faz, ao contrário, ao preservar determinado *status quo* formado de modo irregular, é a típica função da atividade jurisdicional.²⁰⁰

Daniel Sarmiento destaca a excepcionalidade da modalidade de decisão que opera eficácia prospectiva como forma de impedir que a declaração de inconstitucionalidade gere um “buraco negro” legislativo, ressaltando, todavia, que

¹⁹⁷ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. O “legislador negativo” no controle judicial de constitucionalidade: reflexões sobre a inaptidão teórica de uma construção. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul./set. 2010. Versão digital. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70672>>. Acesso em: 22 fev. 2013. Nesse vértice, Dimoulis e Lunardi salientam que: “a doutrina da autocontenção convida o julgador a abster-se de sentenças de inconstitucionalidade sem plena justificativa jurídica e fática e que podem comprometer o equilíbrio institucional entre os Poderes estatais. Isso indica a utilidade das análises sobre a autocontenção em seu sentido quantitativo. Em paralelo, a limitação qualitativa do juiz constitucional não se dá com a aplicação da teoria do legislador negativo e sim mediante a clara e concreta determinação do âmbito de suas competências. O mesmo juiz satisfaz o imperativo de limitação quantitativa de suas intervenções ao fundamentar bem a decisão de inconstitucionalidade ou ao admitir a decisão do legislador em casos duvidosos.” (DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. O “legislador negativo” no controle judicial de constitucionalidade: reflexões sobre a inaptidão teórica de uma construção...).

¹⁹⁸ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. O “legislador negativo” no controle judicial de constitucionalidade: reflexões sobre a inaptidão teórica de uma construção...

¹⁹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**... p. 1017.

²⁰⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 49.

não é justificável a concessão de prazo superior àquele necessário para que o Poder Legislativo edite a norma cabível. Para o referido autor, “nada justifica que se retarde por mais de seis meses os efeitos da decisão no controle de constitucionalidade”.²⁰¹

A jurisdição constitucional apenas deve declarar a inconstitucionalidade de determinado ato normativo quando for patente a sua afronta ao texto constitucional, assim como só deve utilizar a técnica da modulação dos efeitos temporais quando for evidente a sua necessidade. Eneida Desiree Salgado destaca, nesse viés, que não são poucos os atos normativos inegavelmente inconstitucionais. Todavia, de forma paradoxal, várias destas inconstitucionalidades encontram o silêncio do Supremo Tribunal Federal, que acaba – por lamentável subordinação aos fatos – sendo complacente com diversas decisões políticas manifestamente incompatíveis com a Constituição e reativo com outras. Desse modo, observa-se que Supremo Tribunal Federal, de forma pragmática, age apenas quando lhe é mais conveniente, sem respaldo constitucional e fundamentação jurídica na grande maioria dos casos, como ocorreu no Recurso Extraordinário de Mira Estrela, no qual a Corte parece ter atuado para pacificar a discussão sobre a inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9.868/99.²⁰²

Com efeito, a modulação dos efeitos temporais não pode ser ignorada. Sem dúvida, trata-se de um imperativo necessário para preservação das relações fáticas pautadas na boa-fé ocorridas sob à égide da lei declarada inconstitucional. Todavia, a utilização desmedida e banal da técnica, mormente quando se utiliza a eficácia prospectiva, deve ser incessantemente combatida. Nesse contexto, a razão parece estar com Elival Ramos quando este diz que é injustificável o Pretório Excelso se subordinar aos fatos, ao invés da Constituição.²⁰³

²⁰¹ SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade... p. 33-34.

²⁰² SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral...** p. 88.

²⁰³ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial...** p. 245. No mesmo sentido, Lenio Streck, ao comentar a decisão liminar do Ministro Luís Roberto Barroso do STF no caso Donadon (no qual decidiu-se pela suspensão liminar da decisão da Câmara que optou pela não cassação do mandato do parlamentar), também crítica a subordinação do Pretório Excelso à realidade fática. Streck salienta que no referido caso, “Decidiu e depois buscou o fundamento. A argumentação utilizada não foi a condição de possibilidade. Foi, na verdade, apenas uma capa de sentido (...) No caso do MS 32.326, o ministro Barroso utiliza-se dos métodos como eles são, na prática, quase sempre aplicados: como argumentos retóricos para justificação da decisão”. (STRECK, Lenio Luiz. O Supremo não é o guardião moral da nação. **Revista Consultor Jurídico**, 5 de setembro de 2013. Disponível em:

E foi exatamente o que ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário nº 197.917, quando o STF postergou a eficácia da inconstitucionalidade da Lei Orgânica de Mira Estrela somente para a legislatura seguinte (modulação de efeitos temporais) e, mais do que isso, também influenciou a extensão dos efeitos *in casu* para toda a coletividade (modulação de efeitos espaciais), através da Resolução nº 21.702/04 do TSE.

A respeito do pragmatismo, Richard Posner aduz que o pragmático enfatiza os fatos, é empírico, ou seja, “deseja estar bem informado sobre o funcionamento, as propriedades e os efeitos prováveis de diferentes planos de ação”. Nesse particular, Posner salienta que a atitude pragmática é ativista.²⁰⁴ O pragmático defende que as normas jurídicas devem ser encaradas como instrumentais na consecução dos seus objetivos. Portanto, o pragmatismo afasta-se do formalismo, pois, ao contrário desta corrente, o pragmático “considera que os conceitos devem servir às necessidades humanas e, portanto, deseja que sempre se considere a possibilidade de ajustar as categorias do direito para que se adaptem às práticas das outras comunidades que não a jurídica”.²⁰⁵ Os pragmáticos defendem, nesse vértice, uma ampliação das “fronteiras da interpretação”, na qual os juízes orientam suas decisões em razão de suas consequências práticas. Em resumo, o pragmatismo é uma rejeição da noção de que o direito é fundado em princípios imutáveis e permanentes.²⁰⁶

Nesse contexto, Emerson Gabardo, ao discorrer acerca do pragmatismo como mentalidade oposta à ética social do Estado, salienta que “o pragmatismo abre uma brecha para que, caso a caso, seja preenchido o fundamento da ação, por uma razão interessada, segundo as conveniências dos respectivos autores”, destacando

<<http://www.conjur.com.br/2013-set-05/senso-incomum-supremo-nao-guardiao-moral-nacao>>. Acesso em: 07 set. 2013).

²⁰⁴ POSNER, Richard A. **Para além do direito...** p. 5.

²⁰⁵ POSNER, Richard A. **Para além do direito...** p. 421-422. “O pragmatismo mantém-se como antídoto para o formalismo. A ideia de que as questões jurídicas podem ser respondidas mediante a investigação da relação entre conceitos e, portanto, sem necessidade de mais que um exame superficial da relação destes com o mundo dos fatos, é tão antipragmática quando antiempírica”. (p. 421).

²⁰⁶ POSNER, Richard A. **Para além do direito...** 422-423 e 428. “Ao abordarem uma questão que tenha sido colocada como de interpretação de uma lei, os pragmatistas perguntarão qual das resoluções possíveis tem as melhores consequências, considerando-se tudo aquilo que é ou deveria ser do interesse dos juristas, incluindo-se a importância de preservar a linguagem como meio de comunicação eficaz e de preservar a separação dos poderes, através do acatamento, em linhas gerais, das decisões do legislativo relativamente ao interesse público”. (p. 422-423).

que os autores pragmáticos, apesar de estarem além de qualquer cunho totalitário, acabam possibilitando o surgimento de ideais não democráticos.²⁰⁷

Como já foi dito na introdução desta monografia, para John Hart Ely o principal problema do controle judicial de constitucionalidade é que o Poder Judiciário, como órgão não eleito pela população e desprovido de legitimidade democrática, diz aos representantes eleitos como eles devem governar.²⁰⁸ A solução já foi dada por José Afonso da Silva quando elaborou o seu projeto para a Constituição de 1988: a criação de um Tribunal de Garantias Constitucionais para o exercício da jurisdição constitucional, ao lado do Supremo Tribunal Federal como corte de apelação. Em sua proposta inicial para a Constituição de 1988, José Afonso estabeleceu a competência do Tribunal Constitucional em seu art. 190 e a sua composição no art. 192. O Tribunal seria composto de quinze juízes, sendo cinco eleitos pela Assembleia Federal, dois eleitos pelo Supremo Tribunal Federal, um pelo Superior Tribunal Eleitoral, um pelo Superior Tribunal de Recursos, um pelo Tribunal Superior do Trabalho e cinco nomeados pelo Conselho de Ministros.²⁰⁹ Verifica-se, portanto, uma composição mais democrática do Tribunal de Garantias Constitucionais, com a participação dos três poderes em sua formação, em oposição aos moldes da composição atual do Supremo Tribunal Federal.

Oscar Vilhena Vieira aproxima-se de José Afonso ao postular pela divisão das funções do Supremo Tribunal Federal, apesar de não falar na criação de um Tribunal Constitucional independente do STF. O autor constata que a Constituição da República atribuiu funções ao Supremo que na grande maioria dos países encontram-se distribuídas em pelo menos três instituições: tribunais constitucionais,

²⁰⁷ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 195.

²⁰⁸ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança...** p. 8.

²⁰⁹ SILVA, José Afonso da. **Uma Proposta de Constituição**. Inédito, sem data. "Art. 192. 1. O Tribunal de Garantias Constitucionais compõe-se de quinze juízes, sendo: I – cinco eleitos pela Assembleia Federal, pelo voto da maioria absoluta de seus membros; II – dois eleitos pelo Supremo Tribunal Federal, um pelo Superior Tribunal Eleitoral, um pelo Superior Tribunal de Recursos e um pelo Tribunal Superior do Trabalho; III – cinco nomeados pelo Conselho de Ministros. 2. Os juízes do Tribunal de Garantias Constitucionais designados pela Assembleia Federal e pelo Conselho de Ministros serão escolhidos entre professores titulares das Faculdades de Direito oficiais e juristas, inclusive membros do Ministério Público, com pelo menos vinte anos de exercício profissional; os designados pelos tribunais referidos serão escolhidos dentre magistrados de tribunais superiores. 3. Os juízes do Tribunal de Garantias Constitucionais serão investidos no cargo por doze anos, renováveis por terço de quatro em quatro anos e não são imediatamente reconduzíveis. 4. Os juízes do Tribunal de Garantias Constitucionais não perderam o mandato, salvo por condenação por crime de responsabilidade. 5. O Presidente do Tribunal de Garantias Constitucionais será eleito por seus pares." (p. 113-114).

foros judiciais especializados e tribunais de recurso de última instância.²¹⁰ Vieira destaca, assim, que essa concentração de funções contribui para expandir a autoridade crescente do Supremo, chegando a falar em uma “supremocracia”.²¹¹ Nesse sentido, Vieira lembra que a atuação do Supremo como corte de apelação consiste, estatisticamente, na maior parte da atuação do Tribunal. “De 1988 para cá, foram mais de um milhão de recursos extraordinários e agravos de instrumento apreciados por onze juízes, o que significa 95,10% dos casos distribuídos e 94,13% dos casos julgados pelo Tribunal”.²¹² O autor defende, desse modo, que uma agenda mais restrita de casos, poderia melhorar substancialmente a qualidade do processo deliberativo do Supremo Tribunal Federal.²¹³ Lenio Streck, nesse mesmo sentido, defende que o “Supremo Tribunal Federal, aqui, não funciona nem mesmo como mera corte de cassação, mas como corte de apelação, cabendo-lhe julgar tanto o *error in procedendo* quanto o *error in iudicando*”.²¹⁴

A constatação de que o Supremo Tribunal Federal não consiste, de fato, em uma Corte Constitucional é confirmada pelos estudos desenvolvidos pela Faculdade de Direito da FGV – Rio que demonstraram que “a *persona* constitucional do Supremo sempre teve uma participação pequena se comparada às demais. Este relatório demonstra que seus processos nunca representaram mais de 3% do total.” Ainda, o estudo destaca que “a última das *personas* a ser analisada é a recursal, responsável pelo maior volume processual do STF, respondendo por quase 92% dos casos.”²¹⁵

Desse modo, a cisão das funções da Suprema Corte como tribunal de apelação e como exercício de jurisdição constitucional, concedendo esta ao Tribunal Constitucional, demonstra ser o melhor caminho tanto do ponto de vista estatístico,

²¹⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia... p. 447.

²¹¹ Oscar Vilhena Vieira salienta que o termo “supremocracia” refere-se, em primeiro lugar, à autoridade do Supremo Tribunal Federal em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e, em segundo lugar, à expansão da autoridade da Corte em detrimento dos demais poderes do Estado. Com relação a este último aspecto, Vieira evidencia a problemática envolvendo a atuação do Supremo sobre diversas questões de natureza substantiva, substituindo, muitas vezes, as escolhidas majoritárias decididas na esfera política. (VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia... p. 444-445).

²¹² VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia... p. 449.

²¹³ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia... p. 458. Oscar Vilhena Vieira defende que “com a concentração de duas atividades no campo da jurisdição constitucional, com forte componente discricionário, o Tribunal, além de passar a decidir de forma apenas colegiada, também pode qualificar melhor o seu processo deliberativo”. (VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia... p. 458).

²¹⁴ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso... p. 3.

²¹⁵ DIREITO FGV. **Relatório Supremo em Números**. 2011, Disponível em: <<http://www.supremoemnumeros.com.br/2011/supremo-em-numeros/>>. Acesso em: 15 julho 2013.

melhorando o processo deliberativo da Corte, quanto do ponto de vista da legitimidade democrática. Ao Tribunal Constitucional seria atribuído, de forma exclusiva, o exercício da atividade política, uma vez que teria mais legitimidade para esta função, nos termos da ideia originária de José Afonso da Silva. O Tribunal Constitucional estaria legitimado, portanto, para modular os efeitos temporais no controle concentrado de constitucionalidade, excluindo-se a possibilidade do Supremo Tribunal Federal, como corte de apelação, exercer a técnica em sede de recurso extraordinário no controle difuso.²¹⁶

Com a criação de um Tribunal Constitucional, o problema da legitimidade democrática para o exercício da jurisdição constitucional seria resolvido, tendo em vista que o mandato dos juízes da Corte seria certo e transitório e ocorreria uma

²¹⁶ Como forma de aperfeiçoar o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, Virgílio Afonso da Silva destaca a possibilidade de diálogo e deliberação entre os poderes, ressaltando que: “se se supera essa dualidade radical e se se tem em mente que a decisão do Judiciário não é necessariamente a última palavra sobre o assunto, mas pura e simplesmente uma parte de uma diálogo incessante, talvez seja possível conciliar ambas as posições”. A dualidade rejeitada por Virgílio diz respeito ao excessivo poder aos juízes, de um lado, e a ideia de que os juízes não podem invadir a esfera do Poder Legislativo, de outro. Virgílio ressalta, destarte, que “o necessário é encarar o controle de constitucionalidade como algo que ‘não é mero processo’. Isso significa que, enquanto a discussão continuar a ser um debate sobre a criação de novas ações judiciais, o debate não progredirá. Controle de constitucionalidade é “parte do jogo democrático”, é algo muito mais complexo do que mero procedimento judicial”. (SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **RDA – Revista de Direito Administrativo**. Belo Horizonte, ano 2009, n. 250, jan./abr. 2009). Conrado Hübner Mendes também defende uma interação deliberativa ao ressaltar que “a dimensão deliberativa aponta para uma demanda mais densa de legitimidade, que não se limita a uma mera certificação procedimental. Torna a paisagem democrática mais variada. Não se limita a um retrato frio e insosso de uma coletividade tomando decisões, pura e simplesmente. Mostra os pressupostos e as condições subjacentes ao valor moral desse processo de decisão coletiva”. (MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP. Universidade de São Paulo, SP. p. 214). Miguel Gualano de Godoy e Vera Karam de Chueiri, ao analisarem a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 33, também criticam a ausência de diálogo institucional entre os poderes: “Há, assim, uma supremacia do órgão judicial (o STF) em relação à interpretação da Constituição. Contudo, do ponto de vista democrático e deliberativo sobram motivos para não naturalizar essa atividade como absoluta e exclusiva do STF, bem como para criticá-la. Essa postura da supremacia judicial não fomenta uma ação conjunta, coordenada e colaborativa entre os Poderes na definição do que é a Constituição e dela resulta uma disputa (e não um diálogo) entre os poderes sobre quem então deve ter a última palavra. Assim, ao invés dos poderes buscarem de forma dialógica e colaborativa a melhor resposta sobre o significado da Constituição, eles passam a disputá-la, não importando se a resposta será boa ou ruim; se protegerá ou não nossos direitos fundamentais.” (GODOY, Miguel Gualano de; CHUEIRI, Vera Karam de. Quem detém a última palavra sobre o significado da Constituição?. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 05 maio 2013. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/justicadireito/artigos/conteudo.phtml?id=1370813&tit=Quem-detem-a-ultima-palavra-sobre-o-significado-da-Constituicao>>. Acesso em: 28 ago. 2013). Com efeito, a criação de um Tribunal Constitucional, a partir da proposta do pai de Virgílio, parece ser uma boa forma de melhorar o diálogo entre os poderes no Estado de Direito brasileiro, afastando-se da dualidade rejeitada por Virgílio Afonso da Silva e a ausência de debate, constatada por Vera Karam de Chueiri e Miguel Gualano de Godoy.

maior participação do Poder Legislativo na escolha dos magistrados. Desse modo, a modulação dos efeitos temporais operada pelo Tribunal Constitucional, assumindo-se a sua feição político-pragmática, seria mais adequada e adaptada à ideia de Estado Democrático de Direito consolidada na Constituição Federal de 1988 do que o modelo atual, no qual a modulação dos efeitos temporais é aplicada de forma desmedida, fruto do papel político do Supremo Tribunal Federal.

CONCLUSÃO

No presente trabalho, destacou-se que o controle de constitucionalidade brasileiro caracteriza-se por ser um sistema misto, que combina elementos do modelo difuso e do modelo concentrado. Diferente, portanto, de sistemas como o estadunidense, que se caracteriza por ser, exclusivamente, um modelo difuso. Dessa forma, a eficácia vinculante dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário no controle difuso de constitucionalidade – como ocorreu no Recurso Extraordinário de Mira Estrela – mostra-se absolutamente inadequada.

Nesse contexto, denotou-se que o controle difuso de constitucionalidade pátrio percebeu influência do sistema de controle estadunidense, na qual vige o sistema da *common law* e da *stares decisis*. Todavia, no direito nacional vige o sistema da *civil law*, inadequado ao sistema da *stares decisis*. Ademais, percebeu-se que o sistema estadunidense opera efeitos vinculantes em virtude de não existir um controle concentrado de constitucionalidade como ocorre no direito brasileiro. Obviamente, como se tem por evidente, se se entendesse que uma decisão do controle difuso operasse idêntica eficácia que um julgamento realizado no controle concentrado, cairia por terra a própria diferença.

Ainda, a inadequação mostra-se decisiva por outro importante argumento. Trata-se da competência constitucional explícita concedida ao Senado Federal no art. 52, X, da Constituição Federal, para suspender a eficácia da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade. Dessarte, quando o STF opera efeitos vinculantes em sede de recurso extraordinário, acaba por usurpar competência constitucional de outro poder, resultado de seu acentuado papel político.

Constatou-se, desse modo, que a diferença realizada por Luiz Guilherme Marinoni²¹⁷ entre eficácia *erga omnes* da coisa julgada e efeitos vinculantes das decisões, como modo de escudar a eficácia vinculante das decisões do Pretório Excelso no controle difuso (através da via do recurso extraordinário), parece ser desnecessária, porquanto mesmo se restringindo a eficácia vinculante à *ratio decidendi* da decisão os impasses perduram. Com efeito, as demais partes

²¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**... p. 276-278.

abrangidas pelo julgamento do STF permanecem excluídas e a competência constitucional expressa do Senado Federal é igualmente usurpada ainda que se aplique o instituto da transcendência dos motivos determinantes, como ocorreu no caso de Mira Estrela. Destacou-se, nesse sentido, que o ordenamento constitucional é expresso e incontestável ao prever a competência do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade em seu art. 52, X.

No que diz respeito à modulação dos efeitos temporais do controle de constitucionalidade, destacou-se a conduta pragmática do Supremo Tribunal Federal na flexibilização do dogma da nulidade da norma inconstitucional. De fato, a modulação dos efeitos temporais não pode ser ignorada. Trata-se de um imperativo necessário para preservação das relações fáticas pautadas na boa-fé ocorridas sob à égide da lei declarada inconstitucional. Porém, a utilização desmedida do instituto, especialmente quando se utiliza a eficácia prospectiva, deve ser incessantemente combatida. O Supremo Tribunal Federal não deve se subordinar aos fatos, ao invés da Constituição, como ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário nº 197.917, quando o Supremo postergou temporalmente a eficácia da declaração inconstitucionalidade da Lei Orgânica de Mira Estrela para a legislatura seguinte.

Assim, percebe-se que as únicas justificativas plausíveis para a modulação dos efeitos temporais são pragmáticas (como também o é a figura da repercussão geral). É ilógico e contraditório admitir que um ato normativo já declarado inconstitucional pelo STF continue operando efeitos jurídicos; seria admitir, por consequência, a flexibilização da supremacia da Constituição. Nessa toada, deve-se reconhecer que a modulação dos efeitos temporais, como pragmatismo do Supremo, trata-se de atividade política e, por conseguinte, de ativismo judicial por parte do Pretório Excelso.

Chegou-se à conclusão, portanto, que a solução a esse impasse já foi dada por José Afonso da Silva quando elaborou a sua proposta para a Constituição Federal de 1988: a criação de um Tribunal de Garantias Constitucionais ao lado do Supremo Tribunal Federal.²¹⁸

Observou-se que a cisão das atuais funções do Supremo Tribunal Federal como corte de apelação e como Corte Constitucional (sendo que o exercício da jurisdição constitucional seria atribuído tão somente ao Tribunal de Garantias

²¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Uma Proposta de Constituição...** p. 113-114.

Constitucionais) consiste na melhor opção, tanto do viés estatístico – porquanto a atuação do STF como corte de apelação consiste, conforme foi visto, estatisticamente, na maior parte da sua atuação –, valorizando de forma substancial o processo deliberativo da Suprema Corte com uma agenda mais restrita e seletiva de casos, quanto do viés da legitimidade democrática, constatando-se uma composição mais democrática e legítima da Corte Constitucional para o exercício da jurisdição constitucional através da participação dos três poderes em sua constituição, em oposição aos moldes da composição atual do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, o Tribunal de Garantias Constitucionais possuiria atribuições exclusivas – dentro do Poder Judiciário – para o exercício da atividade política, dado que gozaria de maior legitimidade para esta função, ante a sua composição diferenciada e mais democrática. Dessarte, demonstrou-se que o Tribunal Constitucional estaria apto a modular os efeitos temporais no controle concentrado, afastando a oportunidade do Supremo Tribunal Federal exercer a técnica em sede de recurso extraordinário no controle difuso, como corte de apelação.

Com efeito, através da criação de uma Corte Constitucional o impasse da ausência de legitimidade para o exercício da jurisdição constitucional seria superado, vez que o mandato dos magistrados do Tribunal seria certo e temporário, ocorrendo maior participação do Poder Legislativo na escolha dos seus integrantes. Apontou-se no derradeiro capítulo desta monografia que a modulação dos efeitos temporais operada pelo Tribunal de Garantias Constitucionais, admitindo-se o seu cunho político-pragmático, seria mais adaptada à concepção de Estado Democrático de Direito adotada na Constituição Federal de 1988 do que a situação atual, no qual percebe-se que a modulação dos efeitos temporais é empregada de forma desmesurada, resultado do papel político do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **La Justicia Social em el Estado Liberal**, tradução de Carlos Rosenkrantz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. **Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ANSOLABEHERE, Karina. Jueces, política y derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia. **Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**. N° 22, abril de 2005.

BARBOSA, Ruy. **Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro, Companhia Impressora, 1893. Disponível em: <<http://www.dominipublico.gov.br/download/texto/bd000124.pdf>>. Acesso em: 4 maio 2013.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn)Thesis** (Rio de Janeiro), v. 5, p. 23-32, 2012.

BASTOS, Celso. **Ação declaratória de constitucionalidade**. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. (Coord). Ação declaratória de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 1994.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Atualizado por José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BOTERO BERNAL, Andrés. Matizando o discurso eurocêntrico sobre a interpretação constitucional na América Latina. **Revista Sequência**, nº 59, p. 271-298, dez. 2009.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1984.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva. In: Miranda, Jorge (org.). **Perspectivas Constitucionais**: nos 20 anos da Constituição de 1976, vol. II. Coimbra: Coimbra, 1997.

CARBONELL, Miguel. **La reforma constitucional en materia de derechos humanos: principales novedades**. Versão digital. Disponível em: <<http://www.miguelcarbonell.com/articulos/novedades.shtml>>. Acesso em: 29 mar. 2013.

CARPIZO, Jorge; FIX-ZAMUDIO, Héctor. La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Número 52, Sección de Artículos, 1985.

CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n. 91. **Revista Direito GV**, v. 5, p. 45-66, 2009.

CITTADINO, Gisele. Prefácio. In: ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Artigo 103, caput e parágrafo primeiro ADI e ADC**. Disponível em: <http://www.unibrasil.com.br/sitemestrado/_pdf/artigo-103-caput-e-paragrafo-primeiro-clemerson.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2013.

CORRÊA, Oscar Dias. Breves observações sobre a influência da Constituição Portuguesa na Constituição Brasileira de 1988. In: Miranda, Jorge (org.). **Perspectivas Constitucionais**: nos 20 anos da Constituição de 1976, vol. I. Coimbra: Coimbra, 1996.

DA COSTA, José Manuel M. Cardoso. **A jurisdição constitucional em Portugal**. Coimbra, 1987.

DALLA VIA, Alberto. Los jueces frente a la política. **Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**. n° 22, abril de 2005.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. O "legislador negativo" no controle judicial de constitucionalidade: reflexões sobre a inaptidão teórica de uma construção. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul./set. 2010. Versão digital. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70672>>. Acesso em: 22 fev. 2013.

DIREITO FGV. **Relatório Supremo em Números**. 2011, Disponível em: <<http://www.supremoemnumeros.com.br/2011/supremo-em-numeros/>>. Acesso em: 15 julho 2013.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **On constitutional ground**. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1996.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA, Carlos Wagner Dias. Modulação dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade no Controle Difuso. **REVISTA ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, Recife: TRF 5ª Região, nº 12. Março 2007. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/content/view/41/162/>>. Acesso em: 02 mar. 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis no 9.868, de 10 de novembro de 1999)**. Revista de Direito Administrativo, Volume 220 – abril/junho 2000.

FISCHER, Octavio Campos; FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. Supremacia constitucional e modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)**, v. 12, p. 326-337, 2012.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GODOY, Miguel Gualano de; CHUEIRI, Vera Karam de . Quem detém a última palavra sobre o significado da Constituição?. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 05 maio 2013. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/justica-direito/artigos/conteudo.phtml?id=1370813&tit=Quem-detem-a-ultima-palavra-sobre-o-significado-da-Constituicao>>. Acesso em: 28 ago. 2013.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. **O Federalista**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira, Belo Horizonte: Líder, 2003.

HENRÍQUEZ, José de Jesús Orozco. Los derechos humanos y el nuevo artículo 1º constitucional. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, México, año n. 28, p. 85-98, jul./dic. 2011.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAMY, Marcelo. Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade. **Escola Superior de Direito Constitucional**. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/diretor/controladaconstitucionalidade.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisdicional na 'sociedade órfã'. Tradução: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000 [1989].

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP. Universidade de São Paulo, SP.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editora: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

_____. **O controle da constitucionalidade no Brasil**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfAgenda_pt_br/ano/Controle_de_Constitucionalidade_v__Port1.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2013.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, tomo VI: inconstitucionalidade e garantia da Constituição**. 3. ed. Coimbra Editora, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann. Conselho Nacional de Justiça: competências, contradições e perspectivas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 24, novembro/dezembro/janeiro, 2011. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-24-NOVEMBRO-2010-EGONBOCKMANN.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2013.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O papel do Senado no controle de constitucionalidade. **Revista Consultor Jurídico**, 1º de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-01/diario-classe-papel-senado-controle-constitucionalidade>>. Acesso em: 29 junho 2013.

PADILHA, Rodrigo Corrêa. **Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. Controles concentrado e difuso no Direito Constitucional: A Eficácia Temporal das Decisões. Palestra proferida no âmbito do Programa de Pós-Graduação da FGV DIREITO - RIO, sem revisão pelo Autor. **RDA - Revista de Direito Administrativo**. Belo Horizonte, ano 2007, n. 246, set. / dez. 2007.

POSNER, Richard A. **Para além do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REIS, Luciano Elias. A modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. A&C - **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 42, out./dez. 2010. Versão digital. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70469>>. Acesso em: 14 abril 2013.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SALGADO, Eneida Desiree. Os limites explícitos e implícitos aos processos formais e informais de mudança da Constituição: ensaio em defesa do constitucionalismo e da democracia. A&C – **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 159-176, abr./jun. 2012. Versão digital.

_____. **Princípios constitucionais eleitorais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. **Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da UFPR. Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

SARLET, Ingo Wolfgang. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 19, julho/agosto/setembro, 2009. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 4 maio 2013.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite (Coords). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SCHEDLER, Andreas. Argumentos y observaciones: de críticas internas y externas a la imparcialidad judicial. **Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**. N° 22, abril de 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. **Uma Proposta de Constituição**. Inédito, sem data.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **RDA – Revista de Direito Administrativo**. Belo Horizonte, ano 2009, n. 250, jan./abr. 2009.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso**: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1300.pdf>>. Acesso em: 2 julho 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. O Supremo não é o guardião moral da nação. **Revista Consultor Jurídico**, 5 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-05/senso-incomum-supremo-nao-guardiao-moral-nacao>>. Acesso em: 07 set. 2013

SUNSTEIN, Cass R. **Radical in robes**: why extreme right-wing courts are wrong for America. New York: Basic Books, 2005.

TAVARES, André Ramos. A inconsistência do Tribunal Constitucional como "legislador negativo" em face de técnicas avançadas de decisão da Justiça

Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul./set. 2010. Versão digital. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70670>>. Acesso em: 22 fev. 2013.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TREANOR, William Michael. **Judicial review before Marbury**. In: Stanford Law Review, Vol. 58, Number 2, November 2005; p.455-562.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

VERDÚ, Pablo Lucas. Tener y estar en Constitución. UNED. **Revista de Derecho Político**. nº. 75-76, mayo-diciembre 2009, págs. 275-285.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-459, 2008.

_____. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La giustizia costituzionale**. s.l.: Il Mulino, 1988.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.